

**Rudolf Weng**

---

**Die Kündigung  
von Arbeitsverhältnissen  
mit langer Bindung  
aus wichtigem Grund**

**1900**

---



# **Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen mit langer Bindung aus wichtigem Grund**

DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades  
des Doktors der Rechtswissenschaft  
an der Universität Freiburg

vorgelegt von  
Rudolf Weng



Freiburg, den 28. Oktober 1980

1. Referent: Prof. Dr. Manfred Löwisch
2. Referent: Prof. Dr. Elmar Bund



# Inhalt

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Seite |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| Vorbemerkung                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 1     |
| A) Erstes Kapitel: Arbeitsverhältnisse mit vereinbarter langer Bindung                                                                                                                                                                                                                                                          | 5     |
| I 1. Abschnitt: Erweiterter Kündigungsschutz durch Tarifverträge                                                                                                                                                                                                                                                                | 5     |
| a) Das Entstehen der Tarifverträge und Entwicklung der tariflichen Alterssicherung                                                                                                                                                                                                                                              | 6     |
| b) Unterschiedliche Entwicklung in der privaten Wirtschaft und im öffentlichen Dienst                                                                                                                                                                                                                                           | 8     |
| aa) Besonderheiten der privaten Wirtschaft                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 9     |
| bb) Besonderheiten des öffentlichen Dienstes                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 11    |
| 1. Entwicklung im öffentlichen Dienst                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 12    |
| a) RAT und Tarife der Länder                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 12    |
| - insb. erweiterter Kündigungsschutz durch den RAT                                                                                                                                                                                                                                                                              | 13    |
| b) ATO, TO.A, TO.B - Zeit nach 1933                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 15    |
| c) Zeit nach 1945 - Ablösung der ATO, TO.A, TO.B durch den BAT und die MTB, MTL und BMT-G                                                                                                                                                                                                                                       | 18    |
| d) Heutige Situation im öffentlichen Dienst                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 19    |
| (1) Regelung des BAT                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 19    |
| (2) Regelung des erweiterten Kündigungsschutzes nach dem MTB II                                                                                                                                                                                                                                                                 | 21    |
| (3) Regelung nach dem MTL II                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 22    |
| (4) Regelung im BMT-G II                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 23    |
| e) Sonderregelungen als Ergänzung der Tarifverträge für den öffentlichen Dienst                                                                                                                                                                                                                                                 | 24    |
| f) Tarifverträge mit erweitertem Kündigungsschutz bei Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts, bei der Deutschen Bundespost, bei Stationierungsstreitkräften im Bundesgebiet, bei den Kulturorchestern im Bundesgebiet und in Berlin, bei den Deutschen Seehafenbetrieben und bei der Lufthansa AG (Bodenpersonal) | 27    |

|                                                                                                       |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| g) Verdienstsicherung                                                                                 | 28 |
| 2. Entwicklung in der privaten Wirtschaft                                                             | 29 |
| a) Rationalisierungsschutzabkommen vom 27.5.1968                                                      | 29 |
| b) Zwingender Kündigungsschutz älterer Arbeitnehmer in den Tarifverträgen der privaten Wirtschaft     | 30 |
| c) Heutige Situation der tariflichen Alterssicherung in der privaten Wirtschaft - Stand August 1979 - | 32 |
| (I) Voraussetzung für den erweiterten Kündigungsschutz in der privaten Wirtschaft                     | 32 |
| (II) Art der Sicherung                                                                                | 43 |
| a) Außerordentliche Kündigung nur aus Gründen in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers       | 43 |
| b) Kein erweiterter tariflicher Kündigungsschutz bei Vorliegen eines Sozialplanes                     | 43 |
| c) Erweiterter Kündigungsschutz nur in Betrieben ab 20 Arbeitnehmer                                   | 43 |
| d) Ordentliche Änderungskündigung                                                                     | 44 |
| (III) Erweiterter Kündigungsschutz und Verdienstsicherung                                             | 45 |
| (1) Erweiterter Kündigungsschutz zusammen mit Verdienstsicherung                                      | 45 |
| (2) Erweiterter Kündigungsschutz ohne Verdienstsicherung                                              | 45 |
| (3) Verdienstsicherung ohne erweiterten Kündigungsschutz                                              | 46 |
| 3. Zusammenfassende Feststellungen                                                                    | 47 |
| II 2. Abschnitt: Einzelvertragliche Erweiterung des Kündigungsschutzes                                | 49 |
| 1. Ausschluß der ordentlichen Kündigung                                                               | 49 |
| 2. Vereinbarung langer Kündigungsfristen                                                              | 51 |
| 3. Zusammenfassung                                                                                    | 51 |

|                                                                                                                                       |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| B) Zweites Kapitel: Der wichtige Grund zur Kündigung bei Arbeitsverhältnissen mit langer Bindung                                      | 52 |
| I 1. Abschnitt: Wichtiger Grund im Sinne des § 626 Absatz 1 BGB                                                                       | 52 |
| II 2. Abschnitt: Auswirkungen der langen Bindung auf die Zumutbarkeit der Fortsetzung von Arbeitsverhältnissen                        | 55 |
| 1. Auswirkungen auf den Arbeitnehmer                                                                                                  | 58 |
| 2. Auswirkungen der langen Bindung auf den Betrieb                                                                                    | 59 |
| a) Auswirkungen einer langen Bindung in den Fällen der fristlosen Kündigung wegen schuldhafter Pflichtverletzungen                    | 59 |
| aa) Fristlose Kündigung in den Fällen von Arbeitsverweigerung                                                                         | 60 |
| bb) Fälle der fristlosen Kündigung wegen bewußter Schädigung bzw. Verletzung des Betriebes                                            | 63 |
| cc) Verstöße im zwischenmenschlichen Bereich                                                                                          | 65 |
| dd) Zusammenfassende Feststellungen                                                                                                   | 68 |
| b) Außerordentliche Kündigung aus objektiven in der Person des Arbeitnehmers oder im Betrieb liegenden Gründen                        | 69 |
| c) Zusammenfassende Feststellungen                                                                                                    | 72 |
| 3. Zulässigkeit der Berücksichtigung der langen Bindung                                                                               | 74 |
| a) Interpretation aus dem Wortsinn des § 626 Abs. 1 BGB                                                                               | 75 |
| b) Wesen der außerordentlichen Kündigung als Ausnahmerecht                                                                            | 76 |
| c) Kodifikation der außerordentlichen Kündigung in Form einer Generalklausel                                                          | 77 |
| d) Bewertung des Gewichts der gesicherten Rechtsposition                                                                              | 78 |
| e) Zwei Interessenlagen im Rahmen der außerordentlichen Kündigung                                                                     | 79 |
| f) Zusammenfassende Feststellungen und Problematik der außerordentlichen Kündigung von Arbeitsverhältnissen mit langfristiger Bindung | 80 |

|                                                                                                                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| III 3. Abschnitt: Bedeutung der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB für die außerordentliche Kündigung von Arbeitsverhältnissen mit langer Bindung                 | 82  |
| 1. Problemstellung                                                                                                                                                | 82  |
| 2. Verfassungswidrigkeit der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB?                                                                                                  | 82  |
| 3. Uneingeschränkte Anwendbarkeit der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB auch auf die außerordentliche Kündigung von Arbeitsverhältnissen mit langer Bindung?     | 85  |
| a) Zumutbarkeit und Ausschußfrist in den Fällen der schuldhaften Pflichtverletzung                                                                                | 85  |
| aa) Fälle mit 14-tägiger oder kürzerer Kündigungsfrist                                                                                                            | 86  |
| bb) Unwiderlegliche Vermutung und Verwirkung im Falle längerer Fristen                                                                                            | 86  |
| b) Zumutbarkeit und Ausschußfrist in den Fällen der außerordentlichen Kündigung wegen objektiven in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegender Gründe | 89  |
| aa) Konsequenz der Ausschußfrist in den Fällen der außerordentlichen Kündigung aus objektiven, in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen  | 92  |
| bb) Beginn des Laufs der Ausschußfrist                                                                                                                            | 92  |
| cc) Beschränkung der Ausschußfrist auf die Fälle der fristlosen Kündigung wegen schuldhafter Pflichtverletzung                                                    | 94  |
| 4. Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB - Verallgemeinerung des Rechtsgedankens der früheren §§ 123 Abs. 2, 124 Abs. 2 GewO                                         | 97  |
| 5. Zusammenfassende Feststellungen                                                                                                                                | 98  |
| IV 4. Abschnitt: Der wichtige Grund bei der außerordentlichen Änderungskündigung                                                                                  | 100 |
| Vorbemerkung                                                                                                                                                      | 100 |
| 1. Prüfungsmaßstab - soziale Rechtfertigung der Änderung?                                                                                                         | 101 |
| 2. Ziel und Risiko bei der Änderungskündigung                                                                                                                     | 104 |
| a) Zwei Prüfungsmaßstäbe                                                                                                                                          | 104 |

|                                                                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. Änderungskündigung - Interessenausgleich als ein Erfordernis der Praxis                                                                 | 108 |
| 4. Prüfungsmaßstab bei der außerordentlichen Änderungskündigung                                                                            | 113 |
| a) Fehlender Hinweis auf den § 2 in § 13 KSchG                                                                                             | 113 |
| b) Parallele Interessenlage bei ordentlicher und außerordentlicher Änderungskündigung                                                      | 114 |
| 5. Zusammenfassende Feststellungen                                                                                                         | 118 |
| C) Drittes Kapitel: Außerordentliche Kündigung mit zwingender Frist                                                                        | 119 |
| Vorbemerkung                                                                                                                               | 119 |
| 1. Fristlose außerordentliche Kündigung im Falle schuldhafter Pflichtverletzungen                                                          | 120 |
| 2. Außerordentliche Kündigung mit Frist in den Fällen objektiver in der Person des Arbeitnehmers oder im Betrieb liegender Gründe          | 121 |
| 3. Möglichkeiten zur Verminderung des paradoxen Ergebnisses                                                                                | 122 |
| I 1. Abschnitt                                                                                                                             | 124 |
| I. Beschränkung der außerordentlichen Kündigung auf die Fälle, in denen eine sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist | 124 |
| II 2. Abschnitt: Außerordentliche Kündigung mit zwingender Frist                                                                           | 129 |
| 1. Wortlaut des § 626 Abs. 1 BGB                                                                                                           | 129 |
| a) Entwicklung des Rechts der außerordentlichen Kündigung seit dem Entstehen des BGB                                                       | 130 |
| b) Regelung in Form einer Generalklausel - Kodifikatorische Gründe des Gesetzgebers                                                        | 134 |
| aa) Regelung in Form einer Generalklausel beim Inkrafttreten des BGB                                                                       | 134 |
| bb) Situation vor Inkrafttreten des 1. Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes                                                                   | 136 |
| c) Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion - am normativen Gesetzessinn orientierte Gesetzeskorrektur                       | 138 |

|                                                                                                                                                        |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| d) Bewußte Regelung in Form einer Generalklausel - gesetzgeberische Ermächtigung zur Rechtsfortbildung                                                 | 139 |
| 2. Befristete außerordentliche Kündigung - außerordentliche Kündigung aus minderwichtigem Grund?                                                       | 144 |
| a) Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses im Einzelfall - keine "normalerweise" zur außerordentlichen Kündigung berechtigenden Gründe   | 147 |
| b) Erleichterte Zulassung durch Einbeziehung des Anspruchs auf Einräumung einer Kündigungsfrist in die Interessenabwägung nach § 626 Abs.1 BGB         | 149 |
| c) Verhältnismäßigkeit von Voraussetzung und Rechtsfolge                                                                                               | 152 |
| 3. Einwand der fehlenden Rechtsklarheit und Rechtssicherheit                                                                                           | 153 |
| 4. Zusammenfassende Feststellungen                                                                                                                     | 155 |
| D) Viertes Kapitel: Tarifvertragliche Alterssicherung und die Pflicht zur sozialen Auswahl                                                             | 157 |
| Problemstellung                                                                                                                                        | 157 |
| I 1. Abschnitt: Unwirksamkeit des tarifvertraglich erweiterten Kündigungsschutzes für ältere Arbeitnehmer wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 3 KSchG?      | 160 |
| 1. Verhältnis Auswahlrichtlinien zur Pflicht zur sozialen Auswahl                                                                                      | 160 |
| 2. Verhältnis des erweiterten Kündigungsschutzes für Organnmitglieder der Betriebsverfassung zu der Pflicht zur sozialen Auswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG | 162 |
| 3. Nichteinbeziehung tarifvertraglich geschützter älterer Arbeitnehmer in die soziale Auswahl?                                                         | 164 |
| 4. Vermeidung des Konkurrenzverhältnisses durch "systemkonforme" Handhabung der Bestimmungen über die tarifvertragliche Alterssicherung?               | 166 |
| a) Entwicklung der tarifvertraglichen Alterssicherung                                                                                                  | 168 |
| b) Auslegung der tariflichen Alterssicherung                                                                                                           | 171 |

|                                                                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| II 2. Abschnitt: Lösung des Konkurrenzverhältnisses zwischen tariflicher Alterssicherung und der Pflicht zur sozialen Auswahl | 172 |
| III Zusammenfassende Feststellungen                                                                                           | 177 |
| E). Fünftes Kapitel: Zusammenfassende Schlußbemerkungen und Ergebnisse                                                        | 179 |
| Anhang: Arbeitsverhältnisse mit langer Bindung aufgrund gesetzlicher Vorschriften                                             | 182 |

Literaturverzeichnis:

- Adamsit Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, Düsseldorf 1962
- ders. Änderungskündigung - neu geregelt, DB 69, 2179
- ders. Der allgemeine Kündigungsschutz, Arbeitsrechts-Blattei, D-Blatt, Kündigungsschutz I - Übersicht -
- Ambrosius Grundriß des Verwaltungsrechts, Band 9 und 10, Das Tarifrecht der Angestellten im öffentlichen Diensts, 2. Auflage, Düsseldorf 1955 bzw. 1958
- Auffarth/Müller Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, Berlin und Frankfurt/Main 1960
- Ballerstedt Kommentar zum BAT, München 1961
- Darwasser Regelwidriges Verhalten des Arbeitnehmers vor und während der Arbeitsunfähigkeit als Konfliktgegenstand, DB 1976, S. 1332
- Bienert/Wolf Anmerkung zu BAG AP 66 zu § 626 BGB
- Bleistein Kündigung und Kündigungsschutz, im Arbeitsverhältnis, 2. Auflage, Berlin 1978
- Böhm-Jund Die Dienstverhältnisse der Angestellten und Arbeiter bei öffentlichen Verwaltungen und Betrieben, Band II und III, Hamburg und Berlin 1951 bzw. 1956
- Boetticher Bestandsschutz und Vertragsinhaltsschutz im Lichte der Änderungskündigung, in Festschrift für Molitor (1962), S. 123
- Clemens/Scheuring u.a. Kommentar zum BAT, Stuttgart 1961
- Dankwardt In Iherings Jahrbücher XIV, 262
- Däubler Das Arbeitsrecht, Von der Kinderarbeit zur Betriebsverfassung, Hamburg 1976
- Dersch Anmerkung zu BAG AP Nr. 19 zu § 626 BGB
- Dietz/Richardi Kommentar zum BetrVG, 5. Aufl., München 1973
- Erdmann/Jürging/Kamann Kommentar zum BetrVG, Neuwied, Berlin 1972

- Engels                      Auswirkungen des Fehlens der Arbeitserlaubnis auf das Arbeitsverhältnis ausländischer Arbeitnehmer, RdA 1976, S. 165
- Enneccerus/Nipperdey      Allgemeiner Teil des BGB, 15. Auflage, Tübingen 1959
- Esser                      Schuldrecht, Band 1, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Karlsruhe 1970
- ders.                      Schuldrecht, Band 2, Besonderer Teil, 4. Auflage, Karlsruhe 1971
- ders.                      Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Auflage, München 1974
- Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese      Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, Loseblattsammlung, Köln ab 1974
- Fikentscher                Schuldrecht, 4. Auflage, Berlin 1973
- Fitting/Auffarth/Kaiser      Kommentar zum BetrVG, 12. Aufl., München 1977
- Flatow/Kahn-Freund        Betriebsrätegesetz, 13. Auflage 1931
- Forsthoff                  Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973
- Frohner                    Zum Verhältnis von tarifvertraglichen Alterssicherungsbestimmungen und gesetzlichen Kündigungsschutznormen, BfStSozArbR. 77,353
- Galperin                    Wirkung und Unwirksamkeit der Änderungskündigung, DB 58,199, 840
- ders.                      Der wichtige Grund zur außerordentlichen Kündigung, DB 1964, S. 1114
- ders.                      Die Rechtsmängel der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, BB 1966, S. 1458
- ders.                      Grundgedanken und Struktur des KSchG - Eine dogmatische Studie -, RdA 1966, S. 361
- Galperin/Löwisch            Kommentar zum BetrVG, Band II, 5. Aufl., Heidelberg 1976
- Gift                        Vertragliche Kündigungsschutzbeschränkungen RdA 69,72
- ders.                      Mitbestimmung und soziale Auswahl zu Entlassender, ZfA 71,123

- Göller Die Entwicklung des Kündigungsrechts in Deutschland, Dissertation, Freiburg 1977
- Groß Anmerk. zu BAG in AR-Blattei, Kündigung IX E 16
- Güntner Neues Tarifvertragsrecht RdA 74,153
- Haidlen BGB nebst EinführungsgG mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten Band I, Berlin 1897
- Hanau/Adomeit Arbeitsrecht, 5. Auflage, Frankfurt 1977
- Heldmann Befristung des Arbeitsverhältnisses durch befristete Arbeitserlaubnis? BB 1975, S. 1306
- Herschel Gedanken zum Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz BB 70,5
- ders. Anmerk. zu BAG AP Nr. 39 zu § 1 KSchG
- ders. Anmerk. zu BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB
- ders./Steinmann Kommentar zum KSchG, 5. Aufl., Heidelberg 1961
- Hessel In Arbeitsrechts-Blattei, D-Blatt, Kündigungsschutz I A Änderungskündigung
- Hirsemann Änderungskündigung-Teilkündigung-Wider-rufsvorbehalt, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Band 6 (1969), S. 67
- Hueck, A. Das Arbeitsvertragsrecht, Stuttgart 1927
- ders. Anmerk. zu BAG AP Nr. 6 zu § 626 BGB
- ders. Anmerk. zu LAG Düsseldorf in RdA 1950, S. 472
- ders. Kommentar zum KSchG, 6. und 8. sowie 9. Auflage (Götz Hueck), München 1951, 1961 und 1974
- Hueck-Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I, 3. Auflage, Berlin und Leipzig 1931
- ders. Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1. Band, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt/Main 1963
- ders. Lehrbuch des Arbeitsrechts, 2. Band, 1. Halbband, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1970

- Hueck/Nipperdey/Dietz      Nachschlagewerk des BAG, Arbeitsrechtliche Praxis, München und Berlin 1974
- ders.      Kommentar zum AOG, 4. Auflage 1943
- Hueck, G.      Anmerk. zu BAG AP Nr. 15 zu § 626 BGB
- Imle      Die Tarifentwicklung im graphischen Gewerbe in der Metallindustrie und im Baugewerbe, Jena 1904
- dies.      Die Tarifentwicklung in der Bekleidungsindustrie, im Transportgewerbe und bei der Produktion der Nahrungs- und Genußmittel, Jena 1904
- dies.      Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern in Deutschland, Jena 1907
- Kaskel      Arbeitsrecht, Berlin 1925
- ders.      Hauptfragen des Tarifvertragsrechts, Arbeitsrechtliche Seminarvorträge II, Berlin 1927
- ders./Dersch      Arbeitsrecht, 5. Auflage, Berlin - Göttingen-Heidelberg 1957
- Kempff      Verhältnis von Kündigung und Änderungskündigung - der ultima-ratio-Gedanke im Arbeitsrecht, DB 1978, S. 1400
- König      Zur näheren Bestimmung des wichtigen Grundes bei der außerordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber, RdA 1969, S. 8
- Köppe      Der Arbeitsvertrag als Gestaltungsproblem, Jena 1908
- Küchenhoff      Fristkündigung von Betriebsratsmitgliedern, RdA 1965, S. 372
- Larenz      Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., München 1975
- ders.      Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1970
- ders.      Lehrbuch des Schuldrechts, II. Band, Besonderer Teil, 10. Aufl., München 1972
- ders.      Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg und New York 1969
- ders.      Anmerk. zu BAG AP Nr. 5 zu § 123 GewO

- Lepke Zum Kündigungsrecht des Arbeitgebers bei Erkrankungen des Arbeitnehmers, DB 70, 489
- Lotmar Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches Band I und II, Leipzig 1902 und 1908
- Löwisch Die Verknüpfung von Kündigungsschutz und Betriebsverfassung nach dem BetrVG 1972, DB 1975, S. 349
- Löwisch/Galperin Kommentar zum BetrVG, Band II, 5. Aufl., Heidelberg 1976
- Maus Kommentar zum KSchG, Baden-Baden 1973
- Michas Arbeitsrecht der DDR, Autorenkollektiv unter Leitung von Prof. Dr. Michas, Berlin 1970
- Molitor Die Kündigung, 2. Aufl., Mannheim 1951
- ders. Anmerk. zu BAG AR-Blattei Kündigung IX E 9
- Monjau Die Auswahl bei der betriebsbedingten Kündigung, RdA 1959, S. 8.
- ders. Prüfung der Versetzungsmöglichkeit vor der Kündigung, DB 1964, S. 186
- von Münch u.a. Besonderes Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Frankfurt a. Main 1979
- Neumann Krankheit als Kündigungsgrund (Teil II), DB 1962, S. 1941
- Nikisch Arbeitsrecht, Ein Lehrbuch, Band I, Allgemeiner Teil und Arbeitsverhältnisrecht, 3. Aufl., Tübingen 1961
- ders. Arbeitsrecht, Ein Lehrbuch, Band II, Kollektives Arbeitsrecht, 2 Aufl., Hamburg 1959
- ders. Arbeitsverhältnis und Gerichtsschutz, NJW 1964, S. 2387
- Nipperdey Grundsätzliches zum Kündigungsrecht, gegenüber Betriebsratsmitgliedern nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 22, BB 50, 398
- Oehmann Verdacht als Kündigungsgrund, AR-Blattei Kündigung IX 1 Kündigungsgrund: Einzelfragen
- ders. Fristlose Kündigung von Betriebsratsmitgliedern aus wichtigem Grund, BB 1953, S. 920=AuR 1954, S. 171

- Raetz Die zweite Lesung des Entwurfs eines BGB für das Deutsche Reich, I. Band, Buch I-III, Berlin 1894
- Richardi Streitfragen aus dem Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz, ZfA 71,73
- Säcker Betriebsratsamt und Arbeitsverhältnis, RdA 1965, S. 372
- Schaub Arbeitsrechtshandbuch, 4. Aufl., München 1979
- ders. Der Kündigungsschutz bei Änderungskündigungen, RdA 70,230
- Scheuring Kommentar zum BAT, Stuttgart 1961
- Schilling Reichsangestellten-Tarifordnung (ehem. RAT) 3. Aufl., Berlin 1937
- Schlessmann Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, 2. Aufl., München 1965
- Schnorr v. Carolsfeld Arbeitsrecht, 2. Aufl., Göttingen 1954
- ders. Die Kündigung aus wichtigem Grund, RdA 1958, S. 281
- Schwerdtner Arbeitsrecht I, Individualarbeitsrecht, München 1976
- Schukai Die Kündigung wegen häufiger Fehlzeiten, DB 1976, S. 2150
- Sinzheimer Der korporative Normenvertrag II. Teil, 1908
- Söllner Arbeitsrecht, 5. Aufl., Stuttgart 1975
- ders. Anm zu BAG AP Nrn. 3 und 4 zu § 626 BGB Ausschlussfrist
- Stahlhacke Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 3. Aufl., München 1977
- Staudinger/Bearbeiter Kommentar zum BGB, 3./4. Aufl., München 1907
- Stege/Weinspach Kommentar zum BetrVG, 3. Aufl., Köln 1978
- Wallmeyer Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund, Heft 8, Stuttgart 1962
- Wiedemann Subjektives Recht und sozialer Besitzstand nach dem KSchG, RdA 61, 1.

Wiedemann/Stumpf

Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl.  
München 1977

Weisemann

Krankheit und Kündigungsschutz, BB 1977,  
S. 1767

Weng

Weiterbeschäftigungsanspruch eines Jugendver-  
treters nach § 78 a BetrVG trotz entgegenste-  
hender betrieblicher Gründe? DB 1976, S. 102

- ders.

Außerordentliche Kündigung altersgesicherter  
Arbeitnehmer, DB 1977, S. 676

- ders.

Die soziale Auswahl bei der betriebsbeding-  
ten Kündigung, DB 1978, S. 884

Wolff/Bachof

Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München 1974

Wollny

Der Preußische Angestellten-Tarifvertrag  
(PAT) - Tarifordnung nach dem Stande vom  
15. Februar 1936, 3. Aufl., Potsdam 1936

Zöllner

Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 1979

- ders.

Gutachten D zum 52. Deutschen Juristentag,  
"Sind im Interesse einer gerechteren Ver-  
teilung der Arbeitsplätze Begründung und  
Beendigung der Arbeitsverhältnisse neu zu  
regeln?", München 1978Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen  
Gesetzbuches, Berlin 1896Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für  
das Deutsche Reich, Berlin und Leipzig 188Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, -  
Protokolle der 2. Kommission, SchuldrechtMaterialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I  
Kommission Redaktoren, Schuldverhältnisse  
II, Berlin 1882Neudrucke privatrechtlicher Kodifikation  
und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Band 2,  
Dresdner Entwurf über Schuldverhältnisse,  
Aalen 1973Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepub-  
lik Deutschland, Kohlhammer Verlag, 1979.

### Vorbemerkung

Seit 1973<sup>1</sup> werden in die Tarifverträge der privaten Wirtschaft Bestimmungen aufgenommen, durch die ältere Arbeitnehmer vor dem Verlust ihres Arbeitsplatzes geschützt werden. Wie für die - ab einer bestimmten Dienstzeit - geschützten Arbeitnehmer des öffentlichen Diensts wird dieser Schutz in der Regel dadurch erreicht, daß dem geschützten Personenkreis nur noch aus wichtigem Grunde gekündigt werden kann<sup>2</sup>. Inzwischen besteht ein erweiterter tariflicher Kündigungsschutz ab einem bestimmten Lebensalter bzw. ab einer bestimmten Betriebszugehörigkeitsdauer für rund 52.% der Arbeitnehmer<sup>3</sup>.

Dadurch bekommen die mit der außerordentlichen Kündigung langfristiger Arbeitsverhältnisse zusammenhängenden Fragen, die - ausgehend von den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes - in den 50er Jahren Rechtsprechung und Literatur in erheblichem Umfang beschäftigt aber zu keiner Abklärung der gegenseitigen Standpunkte geführt haben<sup>4</sup>, neue Aktualität und eine andere Größenordnung.

Schon allein aus diesem Grund scheint es angezeigt, die mit der außerordentlichen Kündigung von Arbeitsverhältnissen mit langer Bindung zusammenhängenden Fragen neu zu überdenken.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Bundesarbeitsblatt 3, 1979, S. 7 ff. (13).

<sup>2</sup> vgl. dazu unten A I 1d und A I 2c (II).

<sup>3</sup> vgl. dazu Fußnote 1.

<sup>4</sup> vgl. dazu etwa BAG vom 3.11.1955 - 2 AZR 39/54, vom 15.12.1955 - 2 AZR 239/54, vom 17.4.1956 - 2 AZR 340/55, vom 8.10.1957 - 3 AZR 124/55, vom 8.10.1957 - 3 AZR 136/55 und vom 16.7.1959 - 1 AZR 193/57, AP Nrn. 4, 6, 8, 15, 16 und 31 zu § 626 BGB; A. Hueck, Anm zu BAG AP Nrn. 4, 6, 8 und 31, G. Hueck Anm zu BAG AP Nrn. 15 und 16 zu § 626 BGB; Nipperdey, Grundsätzliches zum Kündigungsrecht gegenüber Betriebsratsmitgliedern nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 22, BB 50, 398 (399); Nikisch, Band I § 50 II 1 S. 724 f; Galperin, Der wichtige Grund zur außerordentlichen Kündigung, DB 64,1114 (1116 unter 6.); Gerhard Müller, Die allgemeine Rechtsprechung des BAG zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund, DB 58,628; König, Zur näheren Bestimmung des wichtigen Grundes bei der außerordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber, RdA 1969, 8.

Wie groß das Interesse der Praxis an einer Klärung der verschiedenen Problemkreise tatsächlich ist, wird deutlich etwa an zwei Entscheidungen der 10. Kammer des Arbeitsgerichts Stuttgart <sup>1</sup>, in denen es um die außerordentliche Kündigung von älteren Arbeitnehmern ging, denen nach § 9.2. MTV-Arbeiter der Metallindustrie Nord-Württemberg-Nord-Baden nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden konnte<sup>2</sup>.

Bemerkenswert an der neueren <sup>3</sup> Entscheidung - die eine außerordentliche Kündigung wegen starken Alkoholgenusses während der Arbeitszeit trotz vorausgegangener mehrfacher Abmahnungen zum Gegenstand hatte - ist die Feststellung, daß die Kammer bei der Prüfung der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses "... abstrakt von der Fiktion der Möglichkeit des Ausspruchs einer ordentlichen Kündigung..." auszugehen habe.

Denn damit setzte sich die 10. Kammer in Widerspruch zu der Entscheidung aus dem Jahr 1976 <sup>4</sup>, in der - allerdings unter einem anderen Vorsitzenden - die außerordentliche Kündigung wegen langanhaltender Krankheit als wirksam angesehen und dazu ausgeführt wurde, "... eine Abwägung aller Interessen der Vertragspartner ergab hiernach, daß es für die Beklagte unzumutbar war, den Arbeitsplatz weiterhin

---

<sup>1</sup> vgl. dazu ArbG Stuttgart vom 28.4.1976 - 10 Ca 841/75 und vom 13.12.1979 - 10 Ca 587/79 - beide nicht veröffentlicht -.

<sup>2</sup> § 9.2. MTV-Arbeiter Nordwürttemberg-Nordbaden lautet: "Einem Arbeitnehmer, der das 53. aber noch nicht das 65. Lebensjahr vollendet hat und dem Betrieb mindestens drei Jahre angehört, kann nur noch aus wichtigem Grunde gekündigt werden."

<sup>3</sup> ArbG Stuttgart vom 13.12.1979 - 10 Ca 587/79.

<sup>4</sup> ArbG Stuttgart vom 28.4.1976 - 10 Ca 841/75.

vorsorglich offen zu halten." <sup>1</sup>

Bestehen jedoch bereits zwischen den jeweiligen Vorsitzenden der 10. Kammer des Arbeitsgerichts Stuttgart unterschiedliche Meinungen bei einer so zentralen Frage wie der Bedeutung einer langen Bindung im Rahmen der Interessenabwägung des § 626 Abs. 1 BGB, dann kann man sich vorstellen, daß auch die damit zusammenhängenden Fragen wie etwa

- die Anwendung der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB gerade auf diese Fälle <sup>2</sup>,
- die Frage des Prüfungsmaßstabs bei der außerordentlichen Änderungskündigung <sup>3</sup>,
- das Problem der außerordentlich befristeten Kündigung <sup>4</sup>

noch nicht ausreichend geklärt sind.

Dazu kommt ein Problem, dessen man sich erst in letzter Zeit bewußt geworden ist: Die Frage nämlich, ob - im Falle betriebsbedingter Kündigungen - auch "unkündbare" Arbeitnehmer in die soziale Auswahl miteinbezogen werden müssen und wie sich das daraus möglicherweise ergebende Spannungsverhältnis zwischen erweitertem Kündigungsschutz für bestimmte Arbeitnehmergruppen und der Pflicht zur sozialen Auswahl gelöst werden kann.

---

<sup>1</sup> Interessant in diesem Zusammenhang ist auch noch, daß in dem Verfahren der 10. Kammer aus dem Jahr 1979 (vgl. S. 2 F8n. 3) zwischen Güte- und Kammertermin der Vorsitz von einem dritten auf den jetzigen Vorsitzenden übergewechselt war; - denn unter dem Vorsitz dieses dritten Richters - damals als Vorsitzender der 14. Kammer des ArbG Stuttgart - war ebenfalls zu § 9.2. MTV-Arbeiter Nordwürttemberg-Nordbaden eine Entscheidung ergangen, in der zur Begründetheit der außerordentlichen Kündigung wegen Krankheit ausgeführt wurde: "... Gegeneinander abzuwägen waren im vorliegenden Fall das Interesse des Klägers, der z.Zt. der Kündigung 56 Jahre alt und seit 13.10.1969 bei der Beklagten beschäftigt war, an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses um weitere neun Jahre bzw. bis zu seiner beantragten Invalidisierung wegen Erwerbsunfähigkeit und das Interesse der Beklagten, dieses Arbeitsverhältnis zu beenden." - vgl. dazu ArbG Stuttgart vom 25.6.1976 - 14 Ca 168/76 - nicht veröffentlicht -.

<sup>2</sup> vgl. dazu unten 2. Kapitel 3. Abschnitt.

<sup>3</sup> vgl. dazu unten 2. Kapitel 4. Abschnitt.

<sup>4</sup> vgl. dazu unten 3. Kapitel.

Da für den einzelnen Arbeitnehmer ebenso wie für den Betrieb viel auf dem Spiel steht, wenn es um den Bestand eines nur noch aus wichtigem Grund kündbaren Arbeitsverhältnisses geht, erscheint es angebracht, die aufgeworfenen Fragen erneut zu diskutieren; - dies insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt, daß inzwischen mehr als die Hälfte der Arbeitnehmer Tarifverträgen unterfallen, die älteren oder langfristig beschäftigten Arbeitnehmern einen solchen Schutz bieten.

Dazu soll die vorliegende Arbeit ein Beitrag und vielleicht auch ein Anstoß dafür sein, die zum großen Teil seit langem bekannten Probleme vom Grundsätzlichen her noch einmal zu überdenken.

## A 1. Kapitel

### Arbeitsverhältnisse mit vereinbarter langer Bindung

#### I 1. Abschnitt: Erweiterter Kündigungsschutz durch Tarifverträge

Das **Rechtsleben ist kein Zustand, sondern ein Stück Kulturentwicklung**<sup>1</sup>. Deshalb kommt der Entwicklung und der heutigen Situation der tariflichen Arbeitsplatzsicherung älterer oder langjährig-beschäftigter Arbeitnehmer für die Lösung der aufgeworfenen Fragen wesentliche Bedeutung zu; - dies vor allem unter dem Gesichtspunkt, daß von ihnen - als Realitäten des Wirtschaftslebens<sup>2</sup> - Auswirkungen auf das Rechtsbewußtsein unserer Zeit ausgehen, denen sich auch die Gerichte nicht verschließen können<sup>3</sup>.

Aus diesem Grunde wird der Erörterung der einzelnen Fragenkomplexe ein Überblick über den heutigen Stand und die Entwicklung des tariflich erweiterten Kündigungsschutzes vorangestellt.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Esser, Grundsatz und Norm, S. 331.

<sup>2</sup> vgl. dazu Esser, a.a.O., S. 333.

<sup>3</sup> vgl. dazu Larenz, Methodenlehre, S. 226 f., der darauf hinweist, daß sich der Richter an den ethischen und sozialpolitischen Wirkungen zu orientieren hat, die in den verschiedenen Bereichen des sozialen Seins jeweils als "beispielgebend" und "richtig" empfunden werden.

a) Das Entstehen der Tarifverträge und Entwicklung der tariflichen Alterssicherung

---

Der erste bedeutsame Tarifvertrag in Deutschland war der Buchdruckertarif von 1873<sup>1</sup>. 1899 folgte der Bauarbeitertarif und dann nahm die Bewegung rasch zu: 1906 waren es schon 3.000 - 4.000 Tarifverträge, 1913 zählte man 12.369 Tarifverträge für 193.000 Betriebe und rund 1,8 Millionen Arbeitnehmer<sup>2</sup>. Immerhin wurde erst der kleinere Teil der gewerblichen Arbeitnehmer von Tarifverträgen erfaßt; für die Arbeitnehmer außerhalb des Gewerbes fehlten Tarifverträge noch fast völlig<sup>3</sup>.

Diese Tarifverträge befaßten sich nur sehr vereinzelt mit der Kündigung von Arbeitnehmern und dann nur mit den Kündigungsfristen. So etwa der Buchdruckertarifvertrag, der die Kündigungsfrist auf 14 Tage festsetzte, daneben aber eine Vereinbarung längerer Fristen für Spezialarbeitsverhältnisse zuließ<sup>4</sup>. Eine Ausnahme davon ist etwa der Tarifvertrag der Berliner Mörtelkutscher von 1901, wonach Kutscher vom 1. Dezember bis 31.

---

<sup>1</sup> vgl. Hueck, Tarifvertragsgesetz, Teil B I 2 S. 6 - sowie Köppe, Der Arbeitsvertrag als Gestaltungsproblem, S. 160.

<sup>2</sup> vgl. dazu Ambrosius, Grundriß des Verwaltungsrechts, Band 9, Das Tarifrecht der Angestellten im öffentlichen Dienst, S. 29.

<sup>3</sup> vgl. Hueck, Tarifvertragsgesetz, Teil B I 2 S. 6.

<sup>4</sup> vgl. dazu F. Imle, Tarifentwicklung im graphischen Gewerbe, 1. Kapitel V S. 49.

März wegen Arbeitsmangel nicht entlassen oder zum Aussetzen gezwungen werden durften<sup>1</sup> und der Tarifvertrag der Berliner Leitergerüstbauer von 1903, wonach Entlassungen der Kutscher im Winter überhaupt nicht stattfinden durften<sup>2</sup>. Nach dem Tarifvertrag der Kofferbranche Berlin durften Entlassungen wegen Arbeitsmangel erst stattfinden, wenn die Arbeitszeit auf sieben Stunden täglich verkürzt war<sup>3</sup>; bei den Berliner Fließenlegern waren Entlassungen aufgrund abgelehnter Akkordarbeit nicht statthaft<sup>4</sup>.

Der eigentliche Durchbruch der Tarifvertragsidee erfolgte - im Zusammenhang mit den gesellschaftlichen Umwälzungen - nach 1918. Hatte bisher nur der kleinere Teil der gewerblichen Arbeitnehmer (Lohnempfänger) aus mittleren und kleinen Betrieben den Zusammenschluß vollzogen, während die Großindustrie, der Bergbau, der Handel, das Banken- und Versicherungsgewerbe, also insbesondere die Masse der Angestellten abseits standen, d.h. die in privatrechtlichem Dienstverhältnis beschäftigten kaufmännischen, technischen oder Verwaltungsangestellten, so vollzog sich nun im Zeichen der neuen republikanischen Staatsform eine Ausdehnungsentwicklung auf breiter Grundlage. Bereits 1922 bestanden 10.768 Tarifverträge für rund 890.000 Betriebe und 14,2 Millionen Arbeitnehmer<sup>5</sup>. Dazu kam eine statistisch nicht zu erfassende Ausdehnung auf nichtorganisierte Außenseiter durch die Anordnung der Allgemeinverbindlichkeit zahlreicher

---

<sup>1</sup> vgl. dazu F. Imle, Die Tarifentwicklung in der Bekleidungsindustrie, im Transportgewerbe usw., S. 503.

<sup>2</sup> vgl. dazu F. Imle, a.a.O., S. 55.

<sup>3</sup> vgl. dazu Anzheimer, Arbeitsrecht, S. 46.

<sup>4</sup> vgl. dazu Göller, Diss. 1974 S. 39 - mit Hinweis auf den TV von 1908.

<sup>5</sup> vgl. dazu Ambrosius, a.a.O., S. 29.

Tarifverträge. Nimmt man hinzu, daß Tarifverträge jetzt nicht nur für Fabrik- und Bergarbeiter, sondern auch für alle anderen Arten der Arbeiter und Angestellten geschlossen wurden, kann festgestellt werden, daß an die Stelle der Vereinbarung der Arbeitsbedingungen im Einzelvertrage im weitesten Umfang die kollektive Regelung getreten war, und dabei ist es, mit kleinen Schwankungen im Einzelnen bis 1933 geblieben <sup>1</sup>.

b) Unterschiedliche Entwicklung in der privaten Wirtschaft und im öffentlichen Dienst

Dabei fand auch der Gedanke des Schutzes älterer Arbeitnehmer Eingang in die Tarifverträge. Allerdings verlief die Entwicklung im öffentlichen Dienst anders als in der privaten Wirtschaft:

Verständlich ist dies nur, wenn man die Entwicklung des Arbeitsrechts und insbesondere die Entwicklung des Kündigungsschutzes nach 1918 in die Überlegungen einbezieht.

In der Zeit vor 1914 stand das Arbeitsrecht, von den Ideen des wirtschaftlichen Liberalismus beherrscht, auf dem Boden des freien Kündigungsrechts beider Vertragsparteien <sup>2</sup>. Dem einzelnen Arbeitnehmer konnte meist mit ganz kurzer Frist der Arbeitsplatz und damit seine Umgebung, oft sogar sein Lebensunterhalt genommen werden. Eine erhebliche Abhängigkeit schaffte in diesem Zusammenhang der Umstand, daß diese Kündigung an keinerlei Voraussetzungen gebunden war und der Arbeitgeber deshalb ganz willkürlich kündigen konnte, ohne Rechenschaft über seine Gründe abgeben zu müssen, auch aus bloßer Laune oder wegen Differenzen, an denen der Arbeitnehmer ganz unschuldig war, vor allem aber bei

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Hueck, Tarifvertragsgesetz, B I 2 S. 6.

<sup>2</sup> vgl. dazu Hueck-Nipperdey, Band I § 62 I S. 617; Löthmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, Band I, S. 522 ff., 561 ff.; sowie Kassel, Arbeitsrecht § 37 I und II S. 121 ff.

jeder Verschlechterung der Konjunktur <sup>1</sup>. Aus diesem Grunde ist verständlich, daß die Arbeitnehmer gerade auch durch eine Beschränkung des freien Kündigungsrechts des Arbeitgebers ihre Stellung zu verbessern suchten <sup>2</sup>.

Dazu kam das Interesse der Allgemeinheit an der Stetigkeit der Arbeitsverhältnisse; in der Zeit nach 1918 vor allem unter dem Aspekt, durch Arbeitsstreckung Entlassungen und völlige Arbeitslosigkeit möglichst zu vermeiden <sup>3</sup>.

Diesen Interessen des einzelnen und der Allgemeinheit an möglichst sicheren Arbeitsplätzen wurde einmal durch das BRG vom 4.2.1920 Rechnung getragen, das einen individuellen Schutz vor Kündigungen enthielt <sup>4</sup>; daneben gab es die Vorschriften der DemobilisierungsVO, mit denen in erster Linie arbeitsmarktpolitische Ziele verfolgt wurden <sup>5</sup>:

#### aa) Besonderheiten der privaten Wirtschaft

Auf der anderen Seite führten solche Erweiterungen der Rechtsposition der Arbeitnehmer zu einer Schwächung des Handlungsspielraums auf der privaten Arbeitgeberseite: Sie wollten die Entscheidung darüber behalten, mit wem sie in ihren Betrieben zusammenarbeiteten, und die Mög-

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Hueck-Nipperdey, Band I § 62 II, S. 617.

<sup>2</sup> vgl. dazu Hueck, KSchG, 1. Auflage, Einleitung B I 2.

<sup>3</sup> vgl. dazu Hueck-Nipperdey, Band I § 62 S. 618.

<sup>4</sup> vgl. dazu etwa Nikisch, Band I § 51 II 1, S. 750, der darauf hinweist, daß mit dem BRG vom 4.2.1920 ein erster allgemeiner Kündigungsschutz geschaffen wurde; sowie Kaskel, Arbeitsrecht § 37 II S. 123.

<sup>5</sup> Die wichtigste von ihnen, die VO vom 12.2.1920 verbot schlechthin die Entlassung von Arbeitnehmern zum Zweck der Verminderung der Beschäftigtenzahl, solange die Beschäftigung aller Arbeitskräfte bei Herabsetzung der Arbeitszeit auf die Hälfte (Arbeitsstreckung) möglich war. - vgl. dazu Hueck-Nipperdey, Band I § 62 III 1, S. 619.

lichkeit haben, Leute, die ihnen nicht paßten, zu entfernen. Wichtig war ihnen aber vor allem, bei rückläufiger Konjunktur überflüssige Arbeitskräfte entlassen zu können<sup>1</sup>. Dieses Interesse der privaten Arbeitgeber deckte sich dabei mit dem Interesse der Allgemeinheit, in Zeiten schlechter Konjunktur die Betriebe nicht zu sehr mit unproduktiven Arbeitskräften zu belasten und, dafür die Tendenz der Arbeitnehmer zu fördern, sich um Arbeitsplätze in besser gestellten Wirtschaftszweigen zu bemühen, um dadurch eine volkswirtschaftlich zweckmäßige Verteilung der Arbeitskräfte zu erreichen<sup>2</sup>.

Vor diesem Hintergrund ist es verständlich, daß - als schon der Plan bestand, die Vorschriften der DemobilVO zu übernehmen - die katastrophale Lage der deutschen Wirtschaft im Herbst 1923 die Befreiung der Wirtschaft von allen die Produktion hemmenden, wenn auch sozial wünschenswerten Lasten erzwang<sup>3</sup>.

Deshalb wurden die Kündigungsbeschränkungen der Demobilmachungszeit bis auf einen geringen Rest in der Stilleordnungsordnung abgebaut. Im übrigen wurde der Versuch, die Arbeitslosigkeit durch Kündigungsbeschränkungen zu bekämpfen, als gescheitert betrachtet<sup>4</sup>.

Vor allem unter diesem Gesichtspunkt ist es zu sehen, daß in der privaten Wirtschaft der gesetzliche Kündigungsschutz des Betriebsrätegesetzes als ein grundlegender Kompromiß der gegenseitigen Interessen angesehen wurde, der keine weiteren Modifikationen erforderte. Aus diesem Grunde waren Erweiterungen des Kündigungsschutzes in Tarifverträgen, wie etwa im Bankgewerbe, wonach eine

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Hueck-Nipperdey, Band I § 62.

<sup>2</sup> vgl. dazu Hueck-Nipperdey, Band I § 62 II S. 618.

<sup>3</sup> vgl. dazu Hueck-Nipperdey, Band I § 62 III S. 619.

<sup>4</sup> vgl. dazu Hueck-Nipperdey, Band I § 62 III S. 619.

unverschuldete, anhaltende Krankheit in einem bestimmten Umfange kein Grund für eine fristlose Entlassung war <sup>1</sup>, die Ausnahme.

bb) Besonderheiten des öffentlichen Diensts

Anders im öffentlichen Dienst. Hier fehlte die für die private Wirtschaft typische Wettbewerbssituation und der Zwang einer raschen Anpassung an konjunkturelle Schwankungen. Dazu kam, daß die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes vielfach gleiche oder ähnliche Aufgaben zu erfüllen haben, wie die Beamten, daß sie Hand in Hand mit ihnen arbeiten und mit den Beamten einen einheitlichen Personalkörper bilden <sup>2</sup>.

Daraus entwickelte sich verständlicherweise das Bedürfnis der Arbeiter und Angestellte des öffentlichen Diensts, die eigenen Arbeitsverhältnisse an die der Beamten anzupassen und dabei insbesondere auch in den Genuß einer besonders gesicherten Rechtsposition zu kommen <sup>3</sup>.

Hand in Hand mit diesen Zielen der Arbeitnehmer des öffentlichen Diensts ging das nach 1918 insbesondere von SPD und USPD getragene Bestreben, ein einheitliches öffentliches Dienstrecht zu schaffen <sup>4</sup>. Damit entstand eine Tendenz zur Angleichung, der sich der öffentliche

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Reichs-TV für das Deutsche Bankgewerbe vom 7.4.1925; sowie Kaskel, Hauptfragen des Tarifrechts § 54.

<sup>2</sup> vgl. dazu Hueck-Nipperdey, Band I, § 12 S. 81.

<sup>3</sup> Gerade im Beamtenrecht spielt der Schutz des Amtsinhabers vor einer möglichen Entlassung eine bedeutende Rolle: Bereits im preußischen ALR von 1794 wurden erstmalig Beamtenrechte und Schutz gegen willkürliche Entlassungen gewährt.

<sup>4</sup> vgl. dazu I. v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschnitt II 1b.

Arbeitgeber nicht auf Dauer entziehen konnte <sup>1</sup>.

Schließlich war mit dem raschen Anwachsen der Zahl der Angestellten im öffentlichen Dienst nach 1918 - entsprechend der allgemeinen Entwicklung im Arbeitsleben - die Notwendigkeit verbunden, auch die Arbeitsbedingungen im öffentlichen Dienst tarifvertraglich zu regeln.

## 1. Entwicklung im öffentlichen Dienst

Vor diesem Hintergrund setzten sich bereits in der ersten Hälfte der 20er Jahre für die Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst die ersten Tarifverträge durch, die von vornherein einen erweiterten Kündigungsschutz beinhalteten.

### a) RAT und Tarife der Länder

So trat am 1.4.1924 mit dem RAT <sup>2</sup> der Staat erstmalig

---

<sup>1</sup> Bereits bis 1914 hatte sich dieser Bestandschutz so weit entwickelt, daß die Entfernung aus dem Dienst durch Disziplinarurteil die einzige Möglichkeit war, ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit oder auf Zeit gegen den Willen des Beamten wegen schwerer Dienstvergehen zu beenden. - vgl. dazu I.v. Münch, Bes. VerwR, 1. Abschn. II 1 a; - vgl. auch Molitor, Die Kündigung 1. Auflage S. 159, der darauf hinweist, daß "nach dem Weltkrieg (1918) bei vielen deutschen Behörden" die Praxis üblich wurde, ein Mittelding zwischen Beamten und Arbeitnehmern durch die Einrichtung von sogenannten "Dauerangestellten" zu schaffen, die - ohne Beamte zu sein - doch insofern eine beamtenähnlich gesicherte Stellung hatten, als ihnen nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden konnte. Bezeichnend dabei war, daß den Dauerangestellten die dem Beamten angenäherten Vorteile - wie etwa auch Ruhegehalt und Hinterbliebenenfürsorge meist unter Bedingungen gewährt wurden, die ebenfalls ihre Vorbilder im Beamtenrecht hatten. So wurde bspw. vorausgesetzt, daß der Arbeitnehmer gegen Besoldung in einer, seine volle Arbeitskraft in Anspruch nehmende Stelle beschäftigt war, die der Befriedigung eines dauernden Bedürfnisses diene. Dabei fand eine Annäherung an das Beamtenrecht teilweise auch insoweit statt, als die außerordentlichen Kündigungsgründe iSd Beamtendisziplinarrechts gefaßt werden. - vgl. dazu etwa RG vom 22.2.1922, Jur. Rdsch. 1927 S. 520 f; OLG Celle vom 14.3.1923, Seuff. Arch. 78, S. 123 ff; RAG vom 5.11.1932 ARS 16,265 ff.

<sup>2</sup> RBB1 1924 Nr. 881 S. 113.

in größerem und allgemeingültigem Umfang als Tarifpartner in Erscheinung. Ihm folgte Preußen und dem preußischen Angestellten-Tarif<sup>1</sup> und die übrigen Länder mit gleichgearteten Tarifverträgen. Vorher war es schon in Bayern mit dem Tarifvertrag für die Angestellten der bayerischen Staatsverwaltung vom 11.1.1922 zu einem Abschluß gekommen<sup>2</sup>.

In diesen Tarifverträgen wurden auf der einen Seite beamtenrechtliche Grundsätze und Pflichten übernommen, so etwa die Verpflichtung zur Treue und Verschwiegenheit und zu einer unparteiischen Dienstführung; auf der anderen Seite war durch die dadurch erreichte Annäherung an das Beamtenverhältnis der Weg geebnet für eine Annäherung ihrer Rechtsposition an den Beamtenstatus.

#### aa) Erweiterter Kündigungsschutz durch den RAT

Im RAT war der besondere Kündigungsschutz in den §§ 43 Abs. 2, 44 und 45 geregelt.

##### § 43 Abs. 2 RAT:

" Nach einer ununterbrochenen Dienstzeit von 10 Jahren darf eine Kündigung nur bei Vorhandensein eines wichtigen Grundes erfolgen, der sowohl in der Person des Angestellten wie in den Verhältnissen der Verwaltung liegen kann; als solcher gilt insbesondere Wegfall oder erhebliche Einschränkung der dienstlichen Aufgaben oder der zu ihrer Erfüllung im Haushaltsgesetz bewilligte Mittel. Der Wechsel der Dienststelle (Absatz 1) gilt auch dann als unmittelbar erfolgt oder die Dienstzeit im Sinne des Absatzes 2 ist auch dann zusammenhängend abgeleistet, wenn eine Unterbrechung vorliegt, die nachweislich durch Krankheit oder unverschuldete Arbeitslosigkeit entstanden ist oder die aus anderen Gründen nicht länger als 3 Monate gedauert hat. Als Dienstzeit im Sinne dieser Bestimmung gilt die aufgrund eines privatrechtlichen Dienstvertrages bei Reichs- oder Landesverwaltung zusammenhängend abgeleistete Dienstzeit. Die Zeit des Militärdienstes

---

<sup>1</sup> vgl. PAT vom 30.6.1924 PBB1 Sondernummer S. 244 ff.

<sup>2</sup> Bayrischer Staatsanzeiger Nr. 35.

aufgrund der früheren gesetzlichen Heerespflicht sowie des Kriegsdienstes beim Heer, bei der Marine oder bei den Schutzgebietstruppen gilt hierbei, ohne daß sie angerechnet wird, nicht als Unterbrechung."

#### § 44 RAT

der sich mit speziellen betriebsbedingten Gründen, mit der Verlegung oder Auflösung der Dienststelle befaßte, lautete wie folgt:

" Angestellte, welche zehn Jahre ununterbrochen im Reichs- oder Staatsdienst beschäftigt waren, im Falle der Verlegung oder Auflösung der Dienststelle einer anderen Dienststelle zu überweisen oder anderwärts unterzubringen, soweit es die Verhältnisse der Reichsverwaltung nach ihrem Ermessen gestatten."

#### § 45 RAT

" Das Recht zur fristlosen Entlassung aus einem wichtigen Grunde nach den geltenden gesetzlichen Bestimmungen wird durch § 43 nicht berührt. Ein wichtiger Grund liegt außer in den in § 52 HGB erwähnten Fällen namentlich vor, wenn der Angestellte

a) das Gelöbnis nach § 4 ablehnt

b) bei der Einstellung falsche oder verfälschte Urkunden über seine Person oder seine frühere Tätigkeit vorgelegt hat.

Das Recht zur fristlosen Entlassung erlischt mit Ablauf des 7. Tages von dem Tage ab, an dem die für die Entlassung zuständige Dienststelle Kenntnis von dem Entlassungsgrund erlangt hat."

Dem RAT, der die Rechte und Pflichten aller Angestellten, welche

" a) bei Reichsbehörden oder

b) bei Betrieben, welche der Dienstaufsicht einer obersten Reichsbehörde oder eines obersten Verwaltungschefs unterstellt sind oder

c) bei dem Unternehmen "Deutsche Reichsfahne" oder

d) bei der Reichsbank und ihren nachgeordneten Stellen gegen Vergütung beschäftigt sind und eine Tätigkeit der in Anlage 1 bezeichneten Art gegen Vergütung ausüben oder sich als Lehrling in einer geregelten Ausbildung zu einer dieser Beschäftigungen befinden"

regelte, folgte schon am 1.7.1924 <sup>1</sup> der preußische Ange-

---

<sup>1</sup> Preußisches Beamtenblatt, Sondernummer, S. 244 ff.

stelltentariftvertrag (PAT), der in §§ 43, 44 und 45 gleichlautende Bestimmungen für den Ausschluß der ordentlichen Kündigung enthielt. Zum Abschluß gleichlautender Schutzbestimmungen für ältere langjährige Angestellte kam es in der Folgezeit auch in den übrigen Ländern des Reiches.

b) ATO, TO.A, TO.B - Zeit nach 1933

In der Zeit des Nationalsozialismus wurde durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.1.1934<sup>1</sup> (AOG) das Betriebsrätegesetz und die Tarifvertragsordnung auf der die erwähnten Tarifverträge beruhten, aufgehoben. § 69 Abs. 6 dieses Gesetzes bestimmte: "Soweit in einem Gesetz oder einer Verordnung der Tarifvertrag angeführt wird, tritt an seine Stelle die Tarifordnung." § 72 Abs. 1 AOG ergänzte diese Bestimmung dahin, daß "die am 30.4.1934 noch laufenden Tarifverträge ... mit Ablauf dieses Tages außer Kraft treten, soweit nicht der Treuhänder der Arbeit oder der Reichsarbeitsminister ihre Weiterdauer als Tarifordnung anordnet."

Dies geschah durch die Anordnung des Reichsarbeitsministers über die Weitergeltung von Tarifverträgen als Tarifordnungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.10.1934 für den RAT<sup>2</sup> und durch die Verordnungen des Reichsarbeitsministers vom 28.3.1934, vom 25.9.1934, vom 21.3.1935 für den PAT<sup>3</sup>.

Ebenso wie der PAT galt der RAT noch vorübergehend als Tarifordnung fort<sup>4</sup>. Endgültig beseitigt wurden diese Vorschriften am 1.4.1938 durch das Inkrafttreten der allgemeinen Tarifordnung für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst (ATO)<sup>5</sup>, durch die Tarifordnung A für Ange-

---

<sup>1</sup> RGB1. I 45.

<sup>2</sup> RArbBl. I S. 254.

<sup>3</sup> PBB1 1934 S. 194 und 337; 1935 S. 68.

<sup>4</sup> vgl. dazu Schilling, Die Reichsangestelltentarifordnung, S. 7.

<sup>5</sup> RArbBl. S. IV, 833.

stellte im öffentlichen Dienst (TO.A) <sup>1</sup> und die Tarifordnung B für Arbeiter im öffentlichen Dienst (TO.B) <sup>2</sup>.

Daneben gab es allgemeine Dienstordnungen (AD) zur ATO und zu den Tarifordnungen A und B und die gemeinsame Dienstordnung (GDO) für die verschiedenen Stellen des öffentlichen Diensts <sup>3</sup>.

Einen besonderen Kündigungsschutz langjähriger bzw. älterer Arbeitnehmer enthielten diese Vorschriften in § 16 TO.A und § 21 TO.B.

Nach § 16 Abs. 3 TO.A war der Angestellte

" nach einer Dienstzeit (ATO § 7) von 25 Jahren der Angestellte unkündbar, wenn er Reichsbürger ist."

Die Zulässigkeit der fristlosen Entlassung blieb bestehen.

Ferner konnte dem Angestellten mit Zustimmung des Reichstreuhänders für den öffentlichen Dienst zum Zwecke der Änderung des Arbeitsvertrages unter der Voraussetzung gekündigt werden,

" daß dem Angestellten aus öffentlichen Mitteln zufließenden laufenden Bezügen nach der Änderung des Arbeitsvertrages mindestens die Hälfte des Höchstbetrages der Bezüge des Angestellten nach Inkrafttreten dieser Tarifordnung betragen."

Lehnte der Angestellte die Fortsetzung seiner Tätigkeit zu den ihm angebotenen geänderten Vertragsbedingungen ab, so galt das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der längsten Kündigungsfrist des Abs. 2 als vertragsmäßig aufgelöst. Dies war gemäß § 16 Abs. 2 eine Frist von 6 Monaten zum Schluß eines Kalendervierteljahres.

Die Möglichkeit einer Änderungskündigung der nach § 16 Abs. 4 TOA geschützten Angestellten wurde in der ADO zu dieser Vorschrift noch weiter modifiziert.

---

<sup>1</sup> RArb Bl. S. IV, 838.

<sup>2</sup> RArbBl. S. IV, 615.

<sup>3</sup> vgl. dazu Böhm-Jund, Die Dienstverhältnisse der Angestellten und Arbeiter bei öffentlichen Verwaltungen und Betrieben, Band II, S. 47 und 62, Band III, S. 47 und 73; sowie Ambrosius, a.a.O., S. 70 mit näheren Angaben.

Danach war die Kündigung zum Zwecke der Änderung des Arbeitsvertrages nur zulässig, wenn

- a) " der zuständige Reichsminister oder die von ihm beauftragte Behörde im Einvernehmen mit den Reichstreuhändern für den öffentlichen Dienst festgestellt hat, daß und inwieweit das Interesse des Angestellten auf die weitere Verwendung in einer Tätigkeit, die der bisherigen Vergütungsgruppe entspricht, hinter das Interesse der Allgemeinheit an einer zweckentsprechenden Verwendung der öffentlichen Mittel zurücktreten muß, oder
- b) wenn die Kündigung im Einvernehmen mit dem Reichstreuhänder für den öffentlichen Dienst zum Zwecke erfolgt, die Verpflichtung des Angestellten zur Dienstleistung ruhen zu lassen; nur im letzteren Falle dürfen die Bezüge des Angestellten auf das in § 16 Abs. 4 TO.A bezeichnete Mindestmaß gesenkt werden."

§ 16 Abs. 5 TO.A enthielt eine weitere Möglichkeit der Kündigung unkündbarer Angestellter für den Fall, daß

" durch ein amtsärztliches Gutachten festgestellt ist, daß sich die Dienstfähigkeit des Angestellten bis zu dem Grade vermindert hat, der Voraussetzung für die Zuerkennung eines Angestelltenruhegeldes nach dem Reichsangestelltenversicherungsgesetz ... oder einer sonstigen öffentlichen Versicherung ist"

sofern der Reichstreuhänder für den öffentlichen Dienst der Kündigung zustimmte.

Gemäß § 21 Abs. 5 TO.B trat für die Arbeiter des öffentlichen Dienstes unter gleichen Voraussetzungen die Unkündbarkeit ein.

Ein Unterschied zu der entsprechenden Vorschrift der Angestellten bestand nur insoweit, als eine dem § 16 Abs. 5 TO.A entsprechende Vorschrift fehlte. Ebenso entsprach die ADO zu § 21 Abs. 5 Satz 3 TO.B der ADO zu § 16 Abs. 4 TO.A. Nach Nr. 5 der ADO zu § 21 Abs. 5 Satz 3 TO.B war die Fristkündigung eines unkündbaren Dienstverhältnisses zum Zwecke der Änderung des Arbeitsvertrages dann möglich, wenn

" vor dem Ausspruch der Kündigung der Fachminister oder die von ihm beauftragte Behörde oder der sonstige Dienstberechtigte im Einvernehmen mit der zuständigen Arbeitsbehörde festgestellt haben, daß und inwieweit das Interesse des Arbeiters auf wei-

tere Verwendung in einer der bisherigen Einreihung entsprechenden Tätigkeit hinter den Grundsatz zweckentsprechender Verwendung öffentlicher Mittel zurücktreten muß."

- c) Zeit nach 1945 - Ablösung der ATO, TO.A, TO.B durch den BAT und die MTB, MTL und BMT-G
- 

Als 1945 der Weg für die Schaffung kollektiver Tarifvereinbarungen wieder frei wurde, hätte, nachdem sich Gewerkschaften und Arbeitnehmerverbände wieder gebildet hatten, an die 1933 unterbrochene Entwicklung angeknüpft werden können. Dem standen aber nicht unerhebliche formale und materielle Schwierigkeiten entgegen<sup>1</sup>.

Die Aufhebung des AOG durch das Kontrollratsgesetz Nr. 40 und das AOGO durch das Kontrollratsgesetz Nr. 56 machte zwar den Erlaß neuer Tarifordnungen unmöglich, doch wurden die bestehenden Tarifordnungen nicht aufgehoben, da dies naturgemäß zum Chaos geführt haben würde.

Lediglich der Abschluß neuer Tarifverträge wurde wieder zulässig. Dem entsprach einmal der Grundsatz der Vertragsfreiheit, zum anderen trug es den nunmehr zahlreich ergehenden gesetzlichen Bestimmungen und Länderverfassungen Rechnung, in denen Tarifverträge als Kollektivvereinbarungen über Arbeitsbedingungen anerkannt wurden<sup>2</sup>. So ergab sich in der Rechtssphäre der Angestellten des öffentlichen Dienstes die Situation, daß die bestehenden Tarifordnungen (ATO bzw. TO.A), abgesehen von zeitbedingten Bestimmungen, die gemäß Kontrollratsgesetz Nr. 1 ohne weitere fortfielen, zunächst so lange in Kraft blieben, bis sie durch entsprechende tarifvertragliche Vereinbarungen ersetzt wurden<sup>3</sup>.

Die Ablösung der weitergeltenden Tarifordnungen begann

---

<sup>1</sup> vgl. Ambrosius a.a.O., S. 31.

<sup>2</sup> vgl. Ambrosius a.a.O., S. 31.

<sup>3</sup> vgl. dazu § 9 Abs. 1 des 2. TVG des Wirtschaftsrates vom 9.4.1949, WiGB1. 1949, Anlage 2 b S. 55.

mit dem Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (BMT-G) vom 22.5.1953.

Ihm folgten der Manteltarifvertrag für die Arbeiter der Länder (MTL) vom 14.1.1959 und der Manteltarifvertrag für die Arbeiter des Bundes (MTB) vom 25.5.1960.

Für die Angestellten im öffentlichen Dienst wurde die TO.A dagegen erst durch den BAT vom 23.3.1961 abgelöst. Als er am 1.4.1961 in Kraft trat, bestanden nunmehr für alle Arbeiter und Angestellte im öffentlichen Dienst tarifvertragliche Regelungen.

Diese Tarifverträge enthielten - ebenso wie ihre Neuauflagen - im Bereich der Arbeiter des öffentlichen Diensts, der MTB-II, der MTL-II und der BMT-G II einen erweiterten Kündigungsschutz für ältere bzw. langjährige Arbeitnehmer des öffentlichen Diensts, der bis heute fortgeschrieben wurde.

#### d) Heutige Situation im öffentlichen Dienst

Der BAT vom 19.1.1961, der am 1.4.1961 in Kraft trat, wurde inzwischen mehrfach verändert. Der MTB, der MTL und der BMT-G wurden durch neue Tarifverträge, durch den MTB-II, den MTL-II und den BMT-G II ersetzt, die am 1.4.1964 bzw. am 1.4.1962 (BMT-G II) in Kraft getreten sind.

##### (1) Regelung des BAT

Der erweiterte Kündigungsschutz durch den BAT gilt für 1.148.000 Angestellte des öffentlichen Diensts. Ihnen kann nur noch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gekündigt werden<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Die folgenden Zahlen (unter d) entstammen dem Archiv des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung. Stand August 1979.

Voraussetzung für den Eintritt dieses Schutzes sind ein Lebensalter von 40 Jahren und eine Dienstzeit von 15 Jahren.

Eine Besonderheit gilt, wenn aus dienstlichen Gründen eine Beschäftigung zu den bisherigen Vertragsbedingungen nachweisbar nicht mehr möglich ist bzw. dann, wenn der Angestellte dauernd außerstande ist, seine jetzigen Arbeitsbedingungen zu erfüllen. In diesem Fall ist eine Änderungskündigung zum Zwecke der Herabgruppierung um eine Vergütungsgruppe möglich <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Dieser Schutz ergibt sich aus den §§ 53 III, 54 und 55 BAT die verschiedene Modifizierungen enthalten; im einzelnen gilt folgendes:

§ 53 III BAT:

"Nach einer Beschäftigungszeit (§ 19) von 15 Jahren frühestens jedoch nach Vollendung des 40. Lebensjahres ist der Angestellte unkündbar."

§ 54:

"(1) Der Arbeitgeber und der Angestellte sind berechtigt, das Arbeitsverhältnis aus einem wichtigen Grund fristlos zu kündigen, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer der Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung des Interesses beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

(2) Die Kündigung kann nur innerhalb von 2 Wochen erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Der Kündigende muß dem anderen Teil auf Verlangen den Kündigungsgrund unverzüglich schriftlich mitteilen".

§ 55 BAT

"(1) Dem unkündbaren Angestellten (§ 53 III) kann aus in seiner Person oder in seinem Verhalten liegenden wichtigen Gründen fristlos gekündigt werden.

(2) Andere wichtige Gründe, insbesondere dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Angestellten entgegenstehen, berechtigen den Arbeitgeber nicht zur Kündigung. In diesen Fällen kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis jedoch, wenn eine Beschäftigung zu den bisherigen Vertragsbedingungen aus dienstlichen Gründen nachweisbar nicht möglich ist, zum Zwecke der Herabgruppierung um eine Vergütungsgruppe kündigen.

Der Arbeitgeber kann das Arbeitsverhältnis ferner zum Zwecke der Herabgruppierung um eine Vergütungsgruppe kündigen, wenn der Angestellte dauernd außer Stande

(2) Regelung des erweiterten Kündigungsschutzes nach dem MTB II

Eine entsprechende Regelung findet sich für die 114.000 Arbeiter des Bundes im MTB II. Der erweiterte Kündigungsschutz tritt ein ab einem Lebensalter von 40 Jahren und einer Betriebszugehörigkeit von 15 Jahren.

Danach kann nur noch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gekündigt werden.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht bei dringenden dienstlichen oder betrieblichen Erfordernissen: Wenn sie nachweisbar eine Weiterbeschäftigung unmöglich machen, kann auch gegenüber unkündbaren Arbeitern eine Änderungskündigung ausgesprochen werden.

In diesem Fall hat der Arbeitnehmer aber einen Anspruch darauf, nach dem Wegfall der Gründe, die seine Weiterbeschäftigung zu den bisherigen Gründen unmöglich gemacht haben, bevorzugt wieder zu den alten Vertragsbedingungen zu beschäftigen<sup>1</sup>.

---

ist, die jetzigen Arbeitsbedingungen zu erfüllen, für die er eingestellt ist und die die Voraussetzung für seine Eingruppierung in die bisherige Vergütungsgruppe bilden, und ihm andere Arbeiten, die die Tätigkeitsmerkmale seiner bisherigen Vergütungsgruppe erfüllen, nicht übertragen werden können. Die Kündigung ist ausgeschlossen, wenn die Leistungsänderung

a) durch einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit im Sinne der Reichsversicherungsordnung herbeigeführt worden ist, ohne daß der Angestellte vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat, oder

b) auf einer durch die langjährige Beschäftigung verursachte Abnahme der körperlichen oder geistigen Kräfte und Fähigkeiten nach einer Beschäftigungszeit (§ 19) von 20 Jahren beruht und der Angestellte das 55. Lebensjahr vollendet hat.

Die Kündigungsfrist beträgt 6 Monate zum Schluß eines Kalendervierteljahres.

Lehnt der Angestellte die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die ihm angebotenen veränderten Vertragsbedingungen ab, so gilt das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist als vertragsmäßig aufgelöst (§ 58).

<sup>1</sup> Dazu enthält der MTB-II folgende Regelungen in den §§ 58, 59, 60 und 62:

§ 58 Ausschuß der außerordentlichen Kündigung  
Nach einer Beschäftigungszeit von mehr als 15 Jahren

(3) Regelung nach dem MiTL II

Für die 188.000 Arbeiter der Länder tritt der erweiterte Kündigungsschutz ebenfalls ab einem Lebensalter von 40

---

kann das Arbeitsverhältnis des Arbeiters, der das 40. Lebensjahr vollendet hat, durch den Arbeitgeber nur noch aus wichtigem Grunde gekündigt werden.

§ 59 Außerordentliche Kündigung

(1) Der Arbeitgeber und der Arbeiter sind berechtigt, das Arbeitsverhältnis aus einem wichtigen Grunde fristlos zu kündigen, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

(2) Die Kündigung kann nur innerhalb von 2 Wochen erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Der Kündigende muß dem anderen Teil auf Verlangen den Kündigungsgrund schriftlich mitteilen.

(3) Ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber liegt insbesondere vor, wenn der Arbeiter

- a) seine Einstellung oder Weiterbeschäftigung durch falsche oder gefälschte Urkunden über seine Person oder auf Befragen durch wahrheitswidrige Angaben über nicht getilgte gerichtliche Strafen, auch soweit sie amnestiert sind, oder durch Bestechung erschlichen hat.
- b) sich gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes betätigt oder an Bestrebungen teilnimmt, die darauf abzielen, den Bestand oder die Sicherheit der Bundesrepublik zu beeinträchtigen.

§ 60 Änderungskündigung

(1) Zur Änderung kann der Arbeitsvertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwei Wochen zum Wochenschluß gekündigt werden. Lehnt der Arbeiter die Fortsetzung seiner Tätigkeit zu den ihm angebotenen geänderten Vertragsbedingungen ab, so gilt das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist als gelöst.

(2) Absatz 1 gilt auch für den Arbeiter, dem nach § 58 nur aus einem wichtigen Grunde gekündigt werden kann, wenn dringende dienstliche oder betriebliche Erfordernisse, insbesondere Arbeitsmangel oder Umbesetzung von Arbeitsplätzen aus dienstlichen oder betrieblichen Gründen, eine Weiterbeschäftigung zu den bisherigen Arbeitsbedingungen nachweisbar unmöglich machen. Die Kündigungsfrist im Sinne des Absatzes 1 Satz 2 beträgt 6 Monate zum Schluß eines Kalendervierteljahres. Nach Wegfall der Gründe, die die Weiterbeschäftigung zu den

Jahren und einer Betriebszugehörigkeit von 15 Jahren ein. Im einzelnen gelten mit gleicher ziffernmäßiger Bezeichnung die Vorschriften wie im MTB-II.

#### (4) Regelung im BMT-G II

Für die 350.000 Arbeiter in den Gemeinden wird für den Eintritt des erweiterten Kündigungsschutzes nur eine Betriebszugehörigkeit von 15 Jahren - gerechnet ab dem 18. Lebensjahr - vorausgesetzt. Danach kann ihnen nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden.

Auch in diesem Tarifvertrag ist die Möglichkeit einer Änderungskündigung für bestimmte in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen vorgesehen: So können auch unkündbare Arbeiter der Gemeinden aus dienstlichen und betrieblichen Gründen vorübergehend in eine niedrigere Lohngruppe dann eingewiesen werden, wenn ein anderer geeigneter Arbeitsplatz dafür verfügbar ist.

Für unverschuldete, in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe gilt das gleiche <sup>1</sup>.

---

bisherigen Vertragsbedingungen unmöglich gemacht haben, ist der Arbeiter bevorzugt wieder zu diesen Vertragsbedingungen zu beschäftigen.

<sup>1</sup> Im einzelnen enthält der BMT-G II. dazu folgende Regelungen:

##### § 52 Ausschluß der Kündigung

(1) Nach einer Beschäftigungszeit von mehr als 15 Jahren kann das Arbeitsverhältnis durch den Arbeitgeber nur noch aus einem wichtigen Grund gekündigt werden.

(2) Soweit Arbeiter nach bisher geltenden Vorschriften unkündbar waren verbleibt es dabei.

##### § 53 Außerordentliche Kündigung

(1) Der Arbeitgeber und der Arbeiter sind berechtigt, das Arbeitsverhältnis aus einem wichtigen Grunde fristlos zu kündigen, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Ein wich-

e) Sonderregelungen als Ergänzung der Tarifverträge für den öffentlichen Dienst

Teilweise sind in den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes Ermächtigungen für regionale Sondervereinba-

---

tiger Grund liegt insbesondere dann vor, wenn der Arbeiter seine Einstellung oder Weiterbeschäftigung durch falsche oder gefälschte Urkunden über seine Person, durch Bestechung oder - auf Befragen - durch wahrheitswidrige Angaben über nicht getilgte gerichtliche Bestrafungen (auch insoweit sie amnestiert sind) erschlichen hat.

(2) Die Kündigung kann nur innerhalb von 2 Wochen erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Kündigt der Arbeiter, muß er dem Arbeitgeber auf Verlangen den Kündigungsgrund unverzüglich schriftlich mitteilen.

In § 27 III BMT-G II werden betriebsbedingte Gründe besonders berücksichtigt. Es heißt dort:

"Die Einweisung des Arbeiters in eine niedrigere Lohngruppe ist nur zulässig, wenn Arbeitsmangel oder ein an anderer Stelle dringend notwendiger Bedarf aus dienstlichen oder betrieblichen Gründen eine vorübergehende Personalumbesetzung erforderlich machen. In diesem Falle ist der Lohn der bisherigen Lohngruppe für zwei Wochen weiterzuzahlen. Arbeiter, denen nach § 52 nur aus einem wichtigen Grunde gekündigt werden kann, dürfen in eine niedrigere Lohngruppe nur dann eingewiesen werden, wenn kein anderer geeigneter Arbeiter verfügbar ist. Sobald die Gründe für die Einweisung weggefallen sind, ist der Arbeiter wieder in seine frühere Lohngruppe zu überführen."

§ 27 IV bezieht sich für den Fall unverschuldeter Gründe in der Person des Arbeitnehmers auf Absatz III, § 27 IV BMT-G II lautet:

"Kann der Arbeiter aus Gründen, die zwar in seiner Person liegen, die er jedoch nicht verschuldet hat, an seinem bisherigen Arbeitsplatz nicht weiterbeschäftigt werden, so soll ohm nach Möglichkeit ein anderer Arbeitsplatz in seiner bisherigen Lohngruppe zugewiesen werden. Ist dies wegen Stellenmangels oder aus andern zwingenden Gründen nicht möglich, so gilt Abs. III entsprechend."

rungen oder für besondere Regelungen bestimmter Berufsgruppen enthalten; so etwa der § 2 a BMT-G II, wonach für Arbeiter im Betriebs- und Verkehrsdienst von Nahverkehrsbetrieben Sondervereinbarungen getroffen werden können.

Durch sie wird der erweiterte Kündigungsschutz zum Teil in Richtung auf eine Verdienstsicherung <sup>1</sup> noch weiterge-

---

<sup>1</sup> So etwa nach § 16 der Sondervereinbarung für Arbeiter im Betriebs- und Verkehrsdienst von Nahverkehrsbetrieben. Dort heißt es:

(1) Ein Arbeiter, der länger als 15 Jahre im Fahrdienst des selben Betriebes beschäftigt war und ohne sein Verschulden fahrdienstuntauglich wird, erhält, wenn ihm aus diesem Grunde eine Arbeit zugewiesen wird, die einer niedrigeren Lohngruppe entspricht, den jeweiligen Monatstabellenlohn der Lohngruppe, in der er vor Eintritt der Fahrdienstuntauglichkeit eingruppiert war. Wenn er in diese Lohngruppe erst während der letzten zwei Jahre vor Eintritt der Fahrdienstuntauglichkeit aufgerückt ist, erhält er den jeweiligen Monatstabellenlohn der Lohngruppe, in der er vor der Aufrückung war.

(2) Wenn die Fahrdienstuntauglichkeit auf einen Arbeitsunfall im Sinne der LVO zurückzuführen ist, den der Arbeiter nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldet hat, erhält er den jeweiligen Monatstabellenlohn der Lohngruppe, in der er vor Eintritt der Fahrdienstuntauglichkeit eingruppiert war.

(3) Inwieweit eine Fahrdienstzulage (ein Fahrdienstzuschlag) in den Föllen der Absätze I und II weitergezahlt wird, ist bezirklich zu vereinbaren. Dies gilt sinngemäß, wenn die Fahrdienstzulage (der Fahrdienstzuschlag) im Monatstabellenlohn enthalten ist."

Eine solche "bezirkliche" Regelung enthält etwa der Bezirkszusatztarifvertrag Nr. 3 vom BMT-G II vom 23. Februar 1979 zwischen dem kommunalen AGV GW und der Gewerkschaft ÖTV Bezirksverwaltung Baden-Württemberg. Dort heißt es im § 2 unter der Überschrift "Sicherung des Lohnstandes bei Fahrdienstuntauglichkeit":

(1) In den Fällen des § 16 Abs. I und II der Anlage 1 zum BMT-G II wird der Monatstabellenlohn in voller Höhe weitergezahlt.

gehend modifiziert.

---

(2) Hat der Arbeiter bei Eintritt der Fahrdienstuntauglichkeit das 45. Lebensjahr noch nicht vollendet, wird neben dem Monatstabellenlohn der Fahrdienstzuschlag in voller Höhe weitergezahlt.

Hat der Arbeiter bei Eintritt der Fahrdienstuntauglichkeit das 45. Lebensjahr noch nicht vollendet, gilt folgendes:

(1) Für die Dauer eines Jahres wird der Fahrdienstzuschlag in voller Höhe weitergezahlt.

(2) Nach Ablauf dieses Jahres werden die Fahrdienstzuschlagssätze wie folgt gekürzt:

- |                                                                                    |           |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| a) für O-Bus und Omnibusfahrer                                                     | auf 10 vH |
| b) für Straßenbahnfahrer                                                           | auf 9 vH  |
| c) für Schaffner                                                                   | auf 7 vH  |
| d) für O-Bus, Omnibus- und Straßenbahnschaffner der Städte Mannheim und Heidelberg | auf 9 vH  |

des Monatstabellenlohns der Stufe 1 der jeweiligen Lohngruppe oder des auf die Arbeitsstunde umgerechneten Monatstabellenlohnes der Stufe 1 der jeweiligen Lohngruppe.

(3) Der Fahrdienstzuschlag nach Abs. III wird nicht gezahlt, bzw. fällt weg, wenn der Arbeiter sich weigert, sich einer vom Arbeitgeber veranlaßten oder auf seine Kosten durchzuführenden zumutbaren Umschulungsmaßnahme zu unterziehen.

Während der Umschulungsmaßnahme wird der Lohn nach Abs. I und III weitergezahlt, soweit nicht nach anderen Bestimmungen (z.B. Arbeitsförderungsgesetz) Leistungen Dritter beantragt werden können.

Setzt der Arbeiter nach der Umschulung aus einem von ihm zu vertretenden Grund das Arbeitsverhältnis nicht für einen im Verhältnis zu den Aufwendungen des Arbeitgebers angemessenen Zeitraum fort, ist der Arbeitgeber berechtigt, seine Aufwendungen einschließlich des während einer etwaigen Freistellung von der Arbeit fortgezählten Lohnes nach den vom BAG in seiner Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen zurückzufordern.

Dieser Rückforderungsanspruch besteht nicht, wenn der Arbeitgeber dem Arbeiter nach einer mit Erfolg durchgeführten Umschulungsmaßnahme nicht innerhalb einer angemessenen Frist einen der vom Arbeiter durch die Umschulungsmaßnahme der erworbenen Qualifikation entsprechenden Arbeitsplatz zuweist.

- f) Tarifverträge mit erweitertem Kündigungsschutz bei  
Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts,  
bei der Deutschen Bundespost, bei Stationierungs-  
streitkräften im Bundesgebiet, bei den Kulturorche-  
stern im Bundesgebiet und in Berlin, bei den Deut-  
sehen Seehafenbetrieben und bei der Lufthansa AB  
(Bodenpersonal)

Im wesentlichen gelten die gleichen Regelungen wie bei den Angestellten im öffentlichen Dienst und den Arbeitern im Dienst des Bundes und der Länder für die Arbeiter und Angestellten der

- Deutschen Bundesbahn (160.000 Arbeiter, 10.000 Angestellte) <sup>1</sup>
- Deutschen Bundespost (130.000 Arbeiter, 39.000 Angestellte)
- Deutschen Arbeiter und Angestellten bei den Stationierungsstreitkräften im Bundesgebiet (55.000 Arbeiter, 35.000 Angestellte)

Für die Arbeiter der

- Deutschen Seehafenbetriebe in Bremen, Hamburg, Niedersachsen und Schleswig-Holstein (2.000 Arbeiter)

sowie für die Angestellten der

- Deutschen Bundesbank (7.900 Angestellte)
- Ortskrankenkassen im Bundesgebiet und in Berlin (18.000 Angestellte)
- Ersatzkassen im Bundesgebiet (26.000 Angestellte)
- gewerbliche Berufsgenossenschaften im Bundesgebiet (8.000 Angestellte)
- Bundesanstalt für Arbeit im Bundesgebiet (40.000 Angestellte)
- Kulturorchester im Bundesgebiet und in Berlin (5.000 Angestellte)

---

<sup>1</sup> Die unter f) aufgeführten Zahlen entstammen dem Archiv des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung; Stand August 1979.

Für sie tritt der erweiterte Kündigungsschutz ab dem 40. Lebensjahr und einer Betriebszugehörigkeit von 15 Jahren ein.

Ebenfalls ab einem Lebensalter von 40 Jahren, aber erst nach einer Betriebszugehörigkeit von 20 Jahren tritt der erweiterte Kündigungsschutz für die Arbeiter in den Staatsforsten in Nordrhein-Westfalen und in den Staats- und Kommunalforsten in Rheinland-Pfalz ein.

Für die Arbeiter und Angestellte der Deutschen Lufthansa AG (Bodenpersonal) tritt der erweiterte Kündigungsschutz bereits ab einer Betriebszugehörigkeit von 15 Jahren ohne Rücksicht auf das Lebensalter ein.

#### g) Verdienstsicherung

Mit dem erweiterten Kündigungsschutz verbunden ist in der Regel auch eine Verdienstsicherung. Sie tritt üblicherweise mit dem 55. Lebensjahr ein. So etwa für die Arbeiter und Angestellte der

- Deutschen Bundesbahn

sowie für die Angestellten der

- Ersatzkassen im Bundesgebiet,

- gewerblichen Berufsgenossenschaften im Bundesgebiet

- Deutsche Bundespost

Bei den Arbeitern der Deutschen Bundespost tritt die Verdienstsicherung unabhängig vom Lebensalter nach einer Betriebszugehörigkeit von 20 Jahren ein.

20 Jahre Betriebszugehörigkeit werden zusätzlich vorausgesetzt bei den Arbeitern und Angestellten der

- Deutschen Bundesbahn

und den Angestellten der

- Ersatzkassen im Bundesgebiet

15 Jahre Betriebszugehörigkeit gelten als zusätzliche Voraussetzung für die Angestellten der

- Deutschen Bundespost und den
- Gewerblichen Berufsgenossenschaften im Bundesgebiet.

## 2. Entwicklung in der privaten Wirtschaft

Wegen der anderen Ausgangslage als im öffentlichen Dienst - vgl. dazu oben A I b aa - gab es in der privaten Wirtschaft lange Zeit keine tarifvertraglichen Vereinbarungen über einen erweiterten Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer. Vielmehr ging man in diesem Bereich davon aus, daß der allgemeine Kündigungsschutz - zuerst durch das Reichsrätegesetz von 1920 und dann durch das Kündigungsschutzgesetz von 1951 - einen ausgewogenen Kompromiß der gegenseitigen Interessen darstellte, das im übrigen der Rechtsprechung wegen der auch bei ordentlichen Kündigungen vorzunehmenden Interessenabwägung<sup>1</sup> die Möglichkeit gab, der besonderen Schutzbedürftigkeit älterer Arbeitnehmer Rechnung zu tragen.

### a) Rationalisierungsschutzabkommen vom 27.5.1968

Ein erster bundesweiter tariflicher Schutz älterer Arbeitnehmer vor Kündigung findet sich erstmals im Rationalisierungsschutzabkommen vom 27. Mai 1968. Mit diesem Tarifabkommen wollten die Industriegewerkschaft Metall und der Gesamtverband der Metallindustriellen Arbeitgeberverbände dem Umstand Rechnung tragen, daß die Rationalisierung "als ein ständiger Prozeß der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung ... notwendige Voraussetzungen für das Wirtschaftswachstum schafft" und deshalb dazu beitragen soll, "den erreichten Lebensstandard

---

<sup>1</sup> vgl. dazu etwa BAG vom 11.3.1976 - 2 AZR 43/75 AP Nr. 1 zu § 95 BetrVG mwN.

zu sichern und zu verbessern", daß aber auf der anderen Seite durch die Rationalisierungsmaßnahmen "auch nachteilige Folgen für Arbeitnehmer entstehen" können. Absicht des Rationalisierungsschutzabkommens war deswegen, "solche nachteiligen Folgen, die durch Rationalisierungsmaßnahmen entstehen, nach Möglichkeit zu vermeiden oder zu mindern" <sup>1</sup>.

Vor dem Hintergrund dieser Interessenlage vereinbarten die Tarifvertragsparteien in § 7 unter dem Stichwort "Entlassung", daß

" Arbeitnehmer, die als Folge der in § 3 genannten Maßnahmen entlassen werden, "... eine Abfindung" (erhalten), "wenn sie bei Ausspruch der Kündigung das 40. Lebensjahr vollendet und mindestens 10 Jahre ununterbrochen dem Betrieb angehört haben."

Für die Höhe der Abfindung wurde eine Staffel vereinbart.

Den besonderen Schutz älterer Arbeitnehmer vor Entlassung enthält der Absatz 4 des § 7. Danach "sollen"

" Arbeitnehmer, die das 55., aber noch nicht das 60. Lebensjahr vollendet haben und mindestens 10 Jahre ununterbrochen dem Betrieb angehören, ... als Folge der in § 3 genannten Maßnahmen nicht entlassen werden."

b) Zwingender Kündigungsschutz älterer Arbeitnehmer in den Tarifverträgen der privaten Wirtschaft

Tarifverträge, die einen zwingenden Ausschluß der ordentlichen Kündigung älterer Arbeitnehmer enthalten, wurden dagegen erst seit 1973 verstärkt abgeschlossen <sup>2</sup>

Inzwischen - Stand August 1979 - gibt es einen erweiterten Kündigungsschutz in der

- Metallindustrie <sup>3</sup>
- Textilindustrie

---

<sup>1</sup> vgl. dazu § 2 (2) des Rationalisierungsschutzabkommens vom 27. Mai 1968,

<sup>2</sup> vgl. dazu BArbBl 3/4, 1977, S. 122 ff (124) sowie BArbBl 3/1979 S. 13,

<sup>3</sup> Die folgenden Angaben unter 2. b und c entstammen dem Archiv des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung; Stand August 1979.

- Holz- und kunststoffverarbeitende Industrie
- Nahrungs- und Genußmittelindustrie
- Bekleidungsindustrie
- Energieversorgung
- privaten Reisebüros
- privaten Bank- und Versicherungsgewerbe
- Steinkohlebergbau
- Feinkeramische Industrie
- Schrottwirtschaft
- Graveur-Galvaniseur-Gürtlerhandwerk
- Zigarettenindustrie
- Süßwarenindustrie
- Zuckerindustrie
- Obst- und Gemüseverwertungsindustrie
- Margarine- und Kunstspeisefettindustrie
- Miederwarenindustrie
- Kürschnerhandwerk
- chemischen Reinigungs- und Färbereigewerbe
- Bettfedernindustrie
- COOP Einzelhandel

ebenso zum Teil im

- Braunkohlebergbau
- Kali- und Steinsalzbergbau
- Hüttenindustrie
- Schmuck-, Silber-, Edelmetall- und Uhrenindustrie
- Heizungsindustrie
- Wärme-, Klima- und Lüftungstechnik
- Wärme-, Klima- und Gesundheitstechnik
- Kraftfahrzeuggewerbe
- Elektrohandel
- Kraftfahrzeughandel
- Elektro-, Radio- und Fernsehhandwerk

Nur eine Verdienstsicherung aber keinen tarifvertraglich  
erweiterten Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer  
gibt es in dem

- Mechanikerhandwerk
- Schlosser- und Maschinenbauerhandwerk
- Kautschuk- und Gummiwarenindustrie
- Brot- und Backwarenindustrie, Bäckerhandwerk
- Fleischwarenindustrie, Fleischwarenhandwerk
- Fischindustrie, Fischgroßhandel
- Teigwarenindustrie
- Mineralwasserindustrie
- Wein- und Sektkellerei, Bierhandel
- Milchbe- und Verarbeitung
- Molkerei- und Käsereigewerbe
- Brauereien bzw. Brauereigewerbe
- Getränkeindustrie
- Brennstoffhandel

c) Heutige Situation der tariflichen Alterssicherung in  
der privaten Wirtschaft - Stand August 1979 -

(I) Voraussetzung für den erweiterten Kündigungsschutz  
in der privaten Wirtschaft

Im Unterschied zum öffentlichen Dienst, wo die "Unkündbarkeit" in der Regel bereits ab dem 40. Lebensjahr eintritt, werden für den erweiterten Kündigungsschutz in der privaten Wirtschaft meist ein Lebensalter von 55 Jahren und eine Betriebszugehörigkeit von 10 oder 15 Jahren vorausgesetzt <sup>1</sup>.

Im einzelnen gelten für den erweiterten Kündigungsschutz folgende Voraussetzungen:

| Lebensalter | Betriebszugehörigkeit |
|-------------|-----------------------|
|-------------|-----------------------|

(1) Metallindustrie

a) In den Tarifbereichen

- Nord-Württemberg - Nordbaden
- Südwürttemberg - Hohenzollern
- Südbaden

|                                                 |    |    |
|-------------------------------------------------|----|----|
| für 610.000 Arbeiter<br>und 270.000 Angestellte | 53 | 03 |
|-------------------------------------------------|----|----|

b) In den Tarifbereichen

- Bayern
- Osnabrück  
und in der
- Fa. Volkswagenwerk AG

|                                                 |    |    |
|-------------------------------------------------|----|----|
| für 571.000 Arbeiter<br>und 219.000 Angestellte | 55 | 25 |
|-------------------------------------------------|----|----|

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Bundesarbeitsblatt 3, 1979, S. 13 unter c.

c) In den Tarifbereichen

- Hessen
- Niedersachsen ohne nordwestliches Niedersachsen und Oldenburg
- Nordrhein-Westfalen (Metallindustrie-Weiterverarbeitung) nur für Angestellte
- Rheinland-Pfalz nur für Arbeiter
- Rheinland-Rheinessen
- Pfalz nur für Angestellte
- Saarland (weiterverarbeitende Metallindustrie)
- Berlin

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 1.367.000 Arbeiter  |    |    |
| und 596.000 Angestellte | 55 | 10 |

d) In den Tarifbereichen

- Nordwestliches Niedersachsen und Wilhelmshaven
- Oldenburg
- Schleswig-Holstein
- Unterweser
- Hamburg und Umgebung
- Ostfriesische Werften Emden

|                        |    |    |
|------------------------|----|----|
| für 196.500 Arbeiter   |    |    |
| und 83.500 Angestellte | 55 | 05 |

e) Im Tarifbereich

- Nordrhein-Westfalen (Eisen- und Stahlindustrie, Klöcknerwerke Bremen und Osnabrück)

|                        |    |    |
|------------------------|----|----|
| für 170.000 Arbeiter   |    |    |
| und 40.000 Angestellte | 50 | 10 |

f) Im Tarifbereich

- Saarland (Eisen- und Stahlindustrie)

|                       |    |    |
|-----------------------|----|----|
| für 32.500 Arbeiter   |    |    |
| und 7.000 Angestellte | 50 | 15 |

(2) Umfeld der Metallindustrie

a) Hüttenindustrie

- Fa. Preussag AG Metallhütten

für 1.500 Arbeitnehmer

und im Tarifgebiet

- Oberpfälzische Hüttenindustrie
- |                        |    |    |
|------------------------|----|----|
| für 6.400 Arbeitnehmer | 55 | 25 |
|------------------------|----|----|

b) Schrottwirtschaft

- im Bundesgebiet

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 12.000 Arbeitnehmer | 55 | 10 |
|-------------------------|----|----|

c) Graveur-Galvaniseur- und  
Gürtler-Handwerk

- im Bundesgebiet

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 11.000 Arbeitnehmer | 55 | 25 |
|-------------------------|----|----|

d) Schmuck-, Silber-, Edelmetall-  
und Uhrenindustrie

im Tarifgebiet

- Baden-Württemberg

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 16.500 Arbeitnehmer | 55 | 03 |
|-------------------------|----|----|

e) Wärme-, Klima-, Lüftungs-  
und Gesundheitstechnik

in den Tarifgebieten

- Nordrhein-Westfalen

- Saarland

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 12.000 Arbeitnehmer | 55 | 10 |
|-------------------------|----|----|

in den Tarifgebieten

- Hessen und Rheinland-Pfalz

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 25.000 Arbeitnehmer | 50 | 15 |
|-------------------------|----|----|

f) KFZ-Handel und Gewerbe

in den Tarifgebieten

- Saarbrücken

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 27.000 Arbeitnehmer | 55 | 06 |
|-------------------------|----|----|

- Baden-Württemberg ohne Saarbrücken

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 49.000 Arbeitnehmer | 55 | 04 |
|-------------------------|----|----|

- Bremen, Hessen, Pfalz, Saarland

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 42.500 Arbeitnehmer | 55 | 10 |
|-------------------------|----|----|

g) Elektro-, Radio- und Fernseh-  
handwerk

in den Tarifgebieten

- Rheinland-Rheinhausen, Hessen

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 18.000 Arbeitnehmer | 55 | 10 |
|-------------------------|----|----|

h) Mechanikerhandwerk

im Tarifgebiet

- Baden-Württemberg

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 17.000 Arbeitnehmer | 53 | 03 |
|-------------------------|----|----|

i) Schlosser- und Maschinen-  
bauerhandwerk

im Tarifgebiet

- Baden-Württemberg

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 47.400 Arbeitnehmer | 55 | 03 |
|-------------------------|----|----|

(3) Erdölindustrie

- Fa. Aral AG

|                        |    |    |
|------------------------|----|----|
| für 3.000 Arbeitnehmer | 55 | 25 |
|------------------------|----|----|

(4) Textilindustrie

Zu den Tarifbereichen

- Baden-Württemberg und bayerischer  
Landkreis Lindau (nur für Arbeiter)
- Baden-Württemberg, Textil- und Be-  
kleidungsindustrie ohne Südbaden und  
den bayerischen Landkreis Lindau  
(nur für Angestellte)
- Südbaden (nur für Angestellte)
- Nordbayern
- Südbayern
- Hessen
- Nordrhein
- Westfalen und Bremen, Osnabrück  
(nur für Arbeiter)
- Rheinland-Pfalz
- Hamburg und Schleswig-Holstein
- Niedersachsen ohne Osnabrück und  
Bremen
- Berlin

|                                                |    |    |
|------------------------------------------------|----|----|
| für 271,300 Arbeiter<br>und 67,500 Angestellte | 55 | 10 |
|------------------------------------------------|----|----|

(5) Kautschuk- und Gummiwarenindustrie

im Tarifgebiet

- Hessen

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 21,000 Arbeitnehmer | 54 | 20 |
|-------------------------|----|----|

(6) Holz- und Kunststoffverarbeitung

In den Tarifgebieten

- Säge- und Holzverarbeitende Industrie  
Nordrhein-Westfalen (nur für Arbeiter)
- Nordrhein und Berlin (nur für Arbeiter)
- Westfalen, Lippe (nur für Arbeiter)
- Nordrhein-Westfalen (nur für Angestellte)

|                                               |    |    |
|-----------------------------------------------|----|----|
| für 79.400 Arbeiter<br>und 32.000 Angestellte | 55 | 10 |
|-----------------------------------------------|----|----|

in den Tarifgebieten

- Baden-Württemberg
- Niedersachsen (nur für Arbeiter)
- Niedersachsen (nur für Angestellte)

|                          |    |    |
|--------------------------|----|----|
| für 111.000 Arbeitnehmer | 55 | 05 |
|--------------------------|----|----|

(7) Nahrungs- und Genußmittel

- a) Zigarettenindustrie  
im Bundesgebiet und in Berlin

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 12.000 Arbeitnehmer | 50 | 10 |
|-------------------------|----|----|

- b) Süßwarenindustrie  
im Bundesgebiet und in Berlin

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 61.000 Arbeitnehmer | 50 | 18 |
|-------------------------|----|----|

- c) Zuckerindustrie  
im Bundesgebiet

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 12.700 Arbeitnehmer | 50 | 18 |
|-------------------------|----|----|

- d) Obst- und Gemüseverwertungsindustrie  
im Bundesgebiet

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 26.000 Arbeitnehmer | 55 | 20 |
|-------------------------|----|----|

- e) Margarine- und Kunstspeisefettindustrie  
im Bundesgebiet

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 26.100 Arbeitnehmer | 50 | 20 |
|-------------------------|----|----|

- f) Brot- und Backwarenindustrie

- aa) in den Tarifgebieten der Brot-  
und Backwarenindustrie

- Nordrhein-Westfalen

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 11.000 Arbeitnehmer | 55 | 20 |
|-------------------------|----|----|

- Baden-Württemberg

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 12.000 Arbeitnehmer | 53 | 15 |
|-------------------------|----|----|

|                                                                       |    |    |
|-----------------------------------------------------------------------|----|----|
| bb) in den Tarifgebieten des<br>Bäckerhandwerks                       |    |    |
| - Nordrhein-Westfalen einschließ-<br>lich Koblenz und Trier           |    |    |
| für 24.000 Arbeitnehmer                                               | 50 | 18 |
| - Schleswig-Holstein                                                  |    |    |
| für 8.000 Arbeitnehmer                                                | 50 | 20 |
| g) Fleischwarenindustrie, Fleischer-<br>gewerbe und Fleischerhandwerk |    |    |
| aa) In der Fleischwarenindustrie in<br>den Tarifbezirken              |    |    |
| - Baden-Württemberg                                                   |    |    |
| für 1.600 Arbeiter                                                    | 53 | 15 |
| - Bayern, Niedersachsen und Bremen                                    |    |    |
| für 15.400 Arbeitnehmer                                               | 55 | 20 |
| - Nordrhein-Westfalen                                                 |    |    |
| für 14.000 Arbeitnehmer                                               | 50 | 15 |
| bb) Im Fleischergewerbe                                               |    |    |
| - Baden-Württemberg                                                   |    |    |
| für 19.000 Arbeitnehmer                                               | 55 | 20 |
| cc) Im Fleischerhandwerk                                              |    |    |
| - Bayern                                                              |    |    |
| für 44.600 Arbeitnehmer                                               | 55 | 20 |
| h) Fischindustrie und Fischgroßhandel                                 |    |    |
| - Hamburg und Umgebung                                                |    |    |
| - Schleswig-Holstein                                                  |    |    |
| für 3.000 Arbeitnehmer                                                | 55 | 20 |
| - Cuxhaven (nur Fischindustrie)                                       |    |    |
| für 2.000 Arbeiter                                                    | 55 | 20 |
| i) Mineralwasserindustrie, Wein- und<br>Sektkellereien, Bierhandel    |    |    |
| im Tarifgebiet                                                        |    |    |
| - Rheinland-Pfalz                                                     |    |    |
| für 12.000 Arbeitnehmer                                               | 50 | 25 |

k) Ernährungsindustrie

- Bayern

für 8.000 Angestellte 55 20

l) Milchbe- und verarbeitung

in den Tarifgebieten

- Nordwürttemberg und Südwürttemberg

für 5.300 Arbeitnehmer 00 20

in der Molkerei- und Käsegewinnung

- Bayern

für 13.000 Arbeitnehmer 55 15

in der Milchbe- und verarbeitung  
und den Sauermilchkäsereien

- Hessen

für 5.000 Arbeitnehmer 50 20

in den Molkereien und Käsereien

- Nordrhein-Westfalen

für 9.000 Arbeitnehmer 55 12

m) Brauereien und Brauereigewerbe

in den Tarifgebieten

- Baden-Württemberg ohne Südbaden

für 11.000 Arbeitnehmer 53 15

- Hessen

für 6.000 Arbeitnehmer 55 20

Brauereien und Handelsmälzereien

- Nordrhein-Westfalen

für 21.000 Arbeitnehmer 55 12

im Brauereigewerbe

- Bayern

für 24.500 Arbeitnehmer 54 12

- Berlin

für 3.600 Arbeitnehmer 55 20

n) Getränkeindustrie

im Tarifgebiet

- Hessen

|                        |    |    |
|------------------------|----|----|
| für 6.000 Arbeitnehmer | 55 | 25 |
|------------------------|----|----|

(8) Bekleidungsindustrie

in den Tarifbezirken

- Südwestdeutsche Bekleidungsindustrie  
Baden-Württemberg ohne Südbaden einschließ-  
lich Lindau (nur für Arbeiter)
- Bayern ohne Unterfranken
- Unterfranken
- Hamburg und Schleswig-Holstein  
(nur für Arbeiter)
- Hessen
- Niedersachsen und Bremen
- Nordrhein
- Bergisches Land
- Westfalen
- Rheinland-Pfalz (nur für Arbeiter)

und in den Tarifbezirken der Beklei-  
dungs-, Wäsche- und Miederindustrie

- Saarland
- Berlin

|                          |    |    |
|--------------------------|----|----|
| für 303.000 Arbeitnehmer | 55 | 10 |
|--------------------------|----|----|

(9) Miederindustrie

- im Bundesgebiet (außer Saarland)  
und in Berlin

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 14.000 Arbeitnehmer | 55 | 10 |
|-------------------------|----|----|

(10) Kürschnerhandwerk

- nur im Bundesgebiet

|                     |    |    |
|---------------------|----|----|
| für 10.000 Arbeiter | 55 | 10 |
|---------------------|----|----|

(11) Energieversorgung

im Bereich der

a) Elektrizitätswerke

- Baden-Württemberg

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 21.000 Arbeitnehmer | 45 | 20 |
|-------------------------|----|----|

b) Elektrizitätsversorgungsunternehmen

- Bayern

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 29.000 Arbeitnehmer | 50 | 20 |
|-------------------------|----|----|

c) Energiewirtschaftliche Unternehmen

- Hessen

für 14.000 Arbeitnehmer 00 15

d) Gas-, Wasser-, Elektrizitätswerke  
einschließlich RWE AGV Essen im

- Bundesgebiet

für 53.000 Arbeitnehmer 50 20

e) Energieversorgungsbetriebe

- Rheinland-Pfalz

für 11.000 Arbeitnehmer 50 20

f) Fa. Nordwestdeutsche Kraftwerke AG

für 2.800 Arbeitnehmer 00 15

(12) Chemische Reinigung und Färbereigewerbe

- im Bundesgebiet

für 75.000 Arbeitnehmer 55 10

(13) Bettfedernindustrie

- Bundesgebiet und Berlin

für 500 Arbeitnehmer 55 10

(14) COOP Einzelhandel

- Bundesgebiet einschließlich Berlin

für 53.000 Arbeitnehmer 55 20

(15) Buchhandel

in den Tarifgebieten

- Bayern und Baden-Württemberg

für 1.000 Arbeitnehmer 55 10

(16) Brennstoffhandel

im Tarifgebiet

- Nordrhein-Westfalen

für 3.000 Arbeitnehmer 00 25

(17) Private Reisebüros

- Bundesgebiet und Berlin  
für 25.000 Angestellte 00 25

(18) Privates Bankgewerbe

- Bundesgebiet und Berlin  
für 20.000 Arbeiter  
und 3.000.000 Angestellte 50 10

(19) Geldinstitute und Kreditgenossenschaften  
im Raiffeisenverband

- Bundesgebiet  
für 43.000 Arbeitnehmer 55 15

(20) Gewerbliche Kreditgenossenschaften  
und genossenschaftliche Teilzahlungsbanken

- Bundesgebiet und Berlin  
für 35.000 Arbeitnehmer 55 15

(21) Privates Versicherungsgewerbe

- Bundesgebiet und Berlin  
für 10.000 Arbeiter  
und 190.000 Angestellte 55 10

(22) Steinkohlebergbau

in den Bezirken

- Rheinisch-westfälischer Steinkohlebergbau  
- Aachener Steinkohlebergbau  
und Steinkohlebergbau  
- Ibbenbüren  
für 166.700 Arbeitnehmer 45 20

im Tarifgebiet

- Saarland  
für 17.000 Arbeiter 42 15

(23) Braunkohlebergbau

- Rheinischer Braunkohlebergbau  
Nordrhein-Westfalen

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 14.500 Arbeitnehmer | 50 | 20 |
|-------------------------|----|----|

(24) Kali- und Steinsalzbergbau

in den Tarifgebieten

- Hessen
- Niedersachsen
- Nordrhein-Westfalen
- Südbaden

|                         |    |    |
|-------------------------|----|----|
| für 12.000 Arbeitnehmer | 00 | 25 |
|-------------------------|----|----|

(25) Feinkeramische Industrie

- im Bundesgebiet ohne Koblenz,  
Trier, Mainz und Worms

|                     |    |    |
|---------------------|----|----|
| für 55.000 Arbeiter | 55 | 15 |
|---------------------|----|----|

(26) Feinkeramische und Ofenkachel-  
industrie

- Bayern

|                       |    |    |
|-----------------------|----|----|
| für 6.000 Angestellte | 55 | 15 |
|-----------------------|----|----|

## (II) Art der Sicherung

Der erweiterte Kündigungsschutz wird in der Regel dadurch gewährleistet, daß gegenüber dem geschützten Personenkreis die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist. Im einzelnen gibt es jedoch Modifizierungen; ein Beispiel dafür ist die tarifliche Alterssicherung in der Metallindustrie <sup>1</sup>:

- a) Außerordentliche Kündigung nur aus Gründen in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers

So ist etwa im Tarifbezirk Niedersachsen eine Kündigung überhaupt nur noch zulässig aus einem in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden wichtigen Grund.

- b) Kein erweiterter tariflicher Kündigungsschutz bei Vorliegen eines Sozialplanes

Allerdings gilt in diesem Tarifbereich ein erweiterter Kündigungsschutz nicht bei Vorliegen eines Sozialplanes. Damit ist gewährleistet, daß auch aus Gründen, die im Betrieb liegen, eine einseitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses möglich bleibt. Der erweiterte tarifliche Kündigungsschutz entfällt bei Vorliegen eines für den Arbeitnehmer geltenden Sozialplanes neben Niedersachsen auch in den Tarifbereichen Osnabrück, Hessen, Rheinland-Rheinhausen, Pfalz und Saarland.

- c) Erweiterter Kündigungsschutz nur in Betrieben ab 20 Arbeitnehmer

In Hessen, Rheinland-Rheinhausen, Pfalz, Saarland und Nie-

---

<sup>1</sup> vgl. zusammenfassende Darstellung des erweiterten Kündigungsschutzes für ältere Arbeitnehmer in der Metallindustrie; die folgenden Angaben unter (II) beruhen auf dieser Zusammenstellung.

dersachsen gilt der erweiterte Kündigungsschutz nicht bei Betrieben mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern. In Niedersachsen allerdings entfällt der Schutz nur dann, wenn kein anderer zumutbarer Arbeitsplatz vorhanden ist.

#### d) Ordentliche Änderungskündigung

Eine ordentliche Änderungskündigung bleibt möglich in den Tarifgebieten Schleswig-Holstein, Hamburg, Bremen, nordwestliches Niedersachsen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Hessen, Rheinland-Rhein Hessen, Pfalz, im Saarland; - jedoch sind die Voraussetzungen der Änderungskündigung im Einzelfall jeweils modifiziert.

In Schleswig-Holstein, Hamburg, Bremen, nordwestliches Niedersachsen, Niedersachsen, Hessen, Rheinland-Rhein Hessen, Pfalz und Saarland sind nur die Änderungskündigungen zulässig, die ausschließlich zum Zwecke der innerbetrieblichen Versetzung im Rahmen des Unternehmens bzw. Konzerns erfolgen, wenn damit keine Veränderung des Wohnsitzes erforderlich wird und der neue Arbeitsplatz ohne zusätzliche Erschwernisse zu erreichen ist.

In Nordrhein-Westfalen kann zum Zwecke der Verdienstminderung im Einzelfall nur eine außerordentliche Änderungskündigung ausgesprochen werden. In den Tarifgebieten Bayern und Berlin ist eine Änderungskündigung nur gegenüber Beziehern von Rente wegen Berufsunfähigkeit möglich; - dann allerdings ausdrücklich auch, wenn die Änderungskündigung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führt.

Im Falle von Betriebsänderungen gemäß § 111 BetrVerfG gilt der erweiterte Kündigungsschutz nicht in den Tarifgebieten Osnabrück, Bayern, Berlin und Nordrhein-Westfalen. In Nordrhein-Westfalen gilt das allerdings nur dann, wenn kein anderer zumutbarer Arbeitsplatz vorhanden ist.

Schließlich gilt der erweiterte Kündigungsschutz nicht bei Erwerbsunfähigkeit in den Tarifgebieten Bayern, Berlin und Osnabrück. In Osnabrück entfällt der erweiterte Kündigungsschutz bereits bei Berufsunfähigkeit.

### (III) Erweiterter Kündigungsschutz und Verdienstsicherung

---

#### (1) Erweiterter Kündigungsschutz zusammen mit Verdienstsicherung

---

Üblicherweise wird der erweiterte Kündigungsschutz von einer Verdienstsicherung flankiert. So etwa in der

- Metallindustrie
- Textilindustrie
- Kautschuk- und Gummiwarenindustrie
- Holz- und kunststoffverarbeitenden Industrie
- Zigarettenindustrie
- Süßwarenindustrie
- Zuckerindustrie
- Margarine- und Kunstspeisefettindustrie
- Fleischwarenindustrie
- Fischindustrie und Fischgroßhandel
- Molkerei- und Käsereigewerbe Bayerns, Molkereien und Käsereien Nordrhein-Westfalen
- Brauereigewerbe Berlins
- Bekleidungsindustrie
- Energieversorgung mit Ausnahme der Elektrizitätswerke Baden-Württembergs
- Chemische Reinigungs- und Färbereigewerbe
- Bettfedernindustrie
- COOP-Einzelhandel
- Buchhandel Baden-Württemberg
- Brennstoffhandel Nordrhein-Westfalen
- Privates Bankgewerbe
- Geldinstituten und Kreditgenossenschaften
- Raiffeisenverband
- gewerbliche Kreditgenossenschaften und genossenschaftliche Teilzahlungsbanken
- Privates Versicherungsgewerbe

#### (2) Erweiterter Kündigungsschutz ohne Verdienstsicherung

---

In verschiedenen Tarifverträgen wird der erweiterte Kündigungsschutz aber auch ohne gleichzeitige Verdienstsicherung gewährt. So etwa im

- Rheinisch-westfälischen Steinkohlebergbau
- Aachener Steinkohlebergbau

- Steinkohlebergbau Saarland (nur bei Arbeitern)
- Steinkohlebergbau Ibbenbüren
- Bereich der Metallindustrie Osnabrück (nur bei Angestellten)
- Heizungsindustrie und Wärme-, Klima- und Lufttechnik Nordrhein-Westfalen
- Wärme-, Klima- und Gesundheitstechnik Rheinland-Pfalz
- Elektro-, Radio- und Fernsehhandwerk Hessen
- Obst- und Gemüseverwertungsindustrie
- Brot- und Backwarenindustrie Nordrhein-Westfalen
- Bäckerhandwerk Nordrhein-Westfalen einschließlich Koblenz und Trier, Schleswig-Holstein
- Brot- und Backwarenindustrie Baden-Württemberg
- Fleischwarenindustrie Baden-Württemberg (nur bei Arbeitern)
- Mineralwasserindustrie
- Wein- und Sektkellerei, Bierhandel in Rheinland-Pfalz
- Ernährungsindustrie Bayern (nur bei Angestellten)
- Milchbe- und verarbeitung und Sauermilchkäsereien Hessen
- Brauereien mit Ausnahme des Brauereigewerbes Berlin
- Elektrizitätswerke Baden-Württemberg

(3) Verdienstsicherung ohne erweiterten Kündigungsschutz

Schließlich gibt es auch noch Bereiche, in denen ausschließlich eine Verdienstsicherung besteht. So etwa im

- Braunkohlebergbau Hessen
- Fa. Salzgitter Erzbergbau
- VAW-Flußspatchemie GmbH Stulm in Bayern
- Erdöl- und Erdgasgewinnung im Bund und in Berlin
- Steine- und Erdenindustrie Rheinland-Pfalz und Feuerfestindustrie Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz
- Steine- und Erdenindustrie und im Betonsteinhandelwerk Bayern (nur bei Arbeitern)
- Feinkeramische Industrie Baden-Württemberg, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein, Schleswig (nur bei Angestellten),
- Zementindustrie Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein
- Kalksandsteinindustrie im Bundesgebiet und Berlin
- Farbenglasindustrie verschiedener Betriebe Bayerns, Hessen, Niedersachsen (nur bei Arbeitern)
- Hohlglaserzeugung, -veredelung, -verarbeitung im Bundesgebiet (nur bei Arbeitern)
- Flachglasverarbeitung und -veredelung in der Bundesrepublik (nur bei Arbeitern)
- Glasindustrie im Bundesgebiet (nur bei Angestellten)
- Chemische Industrie
- Kunststoffverarbeitende Industrie Baden-Württemberg ohne Südbaden
- Kunststoffverarbeitende Industrie Baden-Württemberg Bayern, Hessen
- Wintershal Erdölraffinerie
- Deutsche Texaco AG
- Papiererzeugende Industrie

- Ledererzeugende Industrie und Lederwaren- und Kofferindustrie im Bundesgebiet (nur bei Arbeitern)
- Kautschuk- und Gummiwarenindustrie Niedersachsen
- Kautschukindustrie Rheinland-Pfalz und Saarland
- Zigarrenindustrie Bremen, Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein, Berlin (nur bei Angestellten)
- Bäckerhandwerk Bayern
- Teigwarenindustrie Baden-Württemberg
- Schuhindustrie Bundesgebiet (nur bei Arbeitern)
- Groß- und Außenhandel Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Rhein Hessen, Saarland
- Genossenschaftlicher Groß- und Außenhandel Hessen
- Einzelhandel Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz
- Brennstoffhandel Hessen

### 3. Zusammenfassende Feststellungen

Während im öffentlichen Dienst tarifliche Vereinbarungen über den erweiterten Kündigungsschutz für Arbeitnehmer mit längerer Dienstzeit schon in den 20er Jahren zustandekamen, werden in der privaten Wirtschaft erst seit 1973 verstärkt Tarifverträge über den erweiterten Kündigungsschutz älterer Arbeitnehmer abgeschlossen.

Der erweiterte Schutz wird in der Regel dadurch gewährt, daß den gesicherten älteren Arbeitnehmern nur noch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gekündigt werden kann. Die Arbeitsplatzsicherung wird meist flankiert von einer Verdienstsicherung um den sozialen Status der geschützten Arbeitnehmer zu gewährleisten.

Teilweise - so bspw. in der chemischen Industrie - ist bei älteren Arbeitnehmern allerdings nur der Verdienst tariflich abgesichert.

Inzwischen ist ein tarifvertraglicher Kündigungsschutz für rund 52 % der Arbeitnehmer vereinbart.

Voraussetzungen für den Eintritt des Schutzes sind im

- öffentlichen Dienst ein Lebensalter von 40 Jahren und eine Dienstzeit von 15 Jahren, während in der
- privaten Wirtschaft dafür meist ein Lebensalter von 55 Jahren und eine Dauer der Betriebszugehörigkeit von 10 Jahren vorausgesetzt wird.

Diese Voraussetzungen werden im öffentlichen Dienst bzw. in den

öffentlich-rechtlichen Körperschaften und von ca. 1,05 Mio Arbeitnehmern erfüllt, während in der privaten Wirtschaft aufgrund der tariflichen Alterssicherung aktuell ca. 650.000 Arbeitnehmer unkündbar sind <sup>1</sup>.

Eine tarifvertragliche Verdienstsicherung gibt es für rund 62 % aller Arbeitnehmer, wobei in der Regel das volle Einkommen abgesichert ist. Voraussetzung dafür ist meist ein Lebensalter von 55 und eine Betriebszugehörigkeit von 10, 15 oder 20 Jahren <sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Da diese Zahlen - soweit ersichtlich - nirgends statistisch erfaßt sind, ist man auf allgemeines Zahlenmaterial angewiesen: Ausgangspunkt ist die Zahl von 20,6 Mio (sozialversicherungspflichtig) Beschäftigter im Jahr 1979 (-vgl. dazu statistisches Jahrbuch 1980 herausgegeben vom Statistischen Bundesamt in Wiesbaden, S. 104). Aus der erwähnten Aufstellung des statistischen Bundesamtes a.a.O. ergibt sich, daß ca. 43 % der Arbeitnehmer älter als 40 Jahre sind. Bezogen auf die 3,1 Mio im öffentlichen Dienst (vgl. dazu oben die auf Seiten 21 - 27 aufgeführten Zahlen) bzw. in öffentlich-rechtlichen Körperschaften nur tätigen Arbeitnehmern bedeutet dies, daß dort rund 1,3 Mio Arbeitnehmer das vorausgesetzte Lebensalter haben. Geht man davon aus, daß 80 % der zweiten Voraussetzung, einer Dienstzeit von über 15 Jahren genügen, kommt man auf die Zahl von rund 1,05 Mio unkündbaren Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst. Von den rund 1,92 Mio Beschäftigten zwischen 55 und 65 Jahren entfallen auf die private Wirtschaft anteilmäßig ca. 1,7 Mio. Für rund 43,5 % von ihnen (dies ergibt sich aus dem Verhältnis zu den 3,1 Mio im öffentlichen Dienst Beschäftigten, die ebenfalls bei den 52 % unkündbaren Arbeitnehmern erfaßt sind), gilt ein tariflich erweiterter Kündigungsschutz, so daß rund 750.000 Arbeitnehmer vom Alter her unter den tariflichen Schutz fallen. Geht man - wegen des höheren vorausgesetzten Lebensalters - davon aus, daß 85 % dieser Arbeitnehmer gleichzeitig die vorausgesetzte Betriebszugehörigkeitsdauer von 5 oder 10 Jahren erfüllen, kommt man auf rund 650.000 Arbeitnehmer, die derzeit in der privaten Wirtschaft aufgrund tarifvertraglicher Vereinbarungen unkündbar sind (die Zahlen sind aufgerundet, weil zu berücksichtigen ist, daß für die rund 900.000 Arbeitnehmern der Metallindustrie in Baden-Württemberg ein Lebensalter von nur 53 und eine Betriebszugehörigkeit von nur 3 Jahren vorausgesetzt wird, vgl. oben S. 32).

<sup>2</sup> vgl. dazu BARbBl. 79,7 ff (13).

## II 2. Abschnitt: Einzelvertragliche Erweiterung des Kündigungsschutzes

---

Eine verstärkte Sicherung des Arbeitsplatzes kann auch durch einzelvertragliche Vereinbarungen erreicht werden<sup>1</sup>.

### 1. Ausschluß der ordentlichen Kündigung

So kann die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung auch einzelvertraglich ausgeschlossen werden.

Üblich sind jedoch - vor allem bei leitenden Angestellten - Arbeitsverträge, die auf mehrere Jahre befristet sind.

Dabei bildet eine Bindung von 5 Jahren eine Grenze, weil der Arbeitnehmer im Falle einer längeren Bindung gem. § 624 BGB die Möglichkeit hat, das Arbeitsverhältnis ordentlich zu kündigen. Diese Vorschrift ist zwingend. Eine längere Befristung hatte somit nur eine einseitige Bindung des Arbeitgebers zur Folge.

Daneben gibt es in der Großindustrie verschiedentlich die Praxis, die AT-Angestellte aufzuspalten in einen Bereich der "leitenden Angestellten" und die übrigen AT-Angestellten. Dabei enthalten die standardisierten Anstellungsverträge für "leitende Angestellte" teilweise einen erweiterten Kündigungsschutz, der - ähnlich wie bei der tariflichen Alterssicherung - durch Ausschluß der Möglichkeit der ordentlichen Kündigung erreicht wird, so etwa nach 20-jähriger Betriebszugehörigkeit gerechnet ab dem 30. Lebensjahr. Interessanterweise wird dieser erweiterte Kündigungsschutz teilweise wieder da-

---

<sup>1</sup> vgl. dazu etwa Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I, § 57 Fußnote 13; Nikisch, Arbeitsrecht, Band I S. 555; BAG AP Nr. 1 zu § 52 RegelGg.

durch eingeschränkt, daß aus betrieblichen oder schwerwiegenden Gründen in der Person des Arbeitnehmers trotzdem die ordentliche Kündigung möglich bleibt <sup>1</sup>.

Schließlich kann sich eine lange Bindung noch aus der Einräumung einer Lebensstellung ergeben.

An den Nachweis einer Lebensstellung sind strenge Anforderungen zu stellen; denn nur unter ganz besonderen Umständen wird es dem Parteiwillen entsprechen, sich auf Lebenszeit vollständig zu binden und die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung ganz auszuschließen <sup>2</sup>.

Problematisch ist in den entsprechenden Fällen immer die Frage, ob die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist oder ob sie - wenn auch unter erschwerten Voraussetzungen - trotzdem möglich bleibt. Entscheidend dafür ist der Parteiwille <sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu die Ausführungen unter B II 2 b.

<sup>2</sup> vgl. dazu etwa Hueck-Nipperdey, Band I, § 57 Fußnote 13; Schaub, § 38 III S. 134 mit Hinweis auf LAG Baden-Württemberg BB 60,1020; Nikisch, Band I, S. 555.

<sup>3</sup> vgl. dazu etwa Hueck-Nipperdey, Band I a.a.O., Schaub, a.a.O., -"Ist eine Lebensstellung zugesagt, ohne daß eine Kündigungsfrist vereinbart ist, kann die Auslegung ergeben, daß eine ordentliche Kündigung zwar zulässig bleibt, aber eine Einschränkung des Kündigungsrechts eintreten soll; sei es, daß nur aus besonderem Anlaß gekündigt werden soll, wenn es sich auch nicht gerade um einen wichtigen Grund handeln muß; sei es, daß die Kündigung erst nach einem längeren Zeitraum zulässig ist, sei es, daß eine längere Kündigungsfrist innegehalten werden soll. Ist eine Kündigungsfrist vereinbart, kann ordentlich gekündigt werden. In diesem Fall kann die Zusage einer Lebensstellung bei der Prüfung der Frage, ob eine trotzdem ausgesprochene ordentliche Kündigung sozial ungerechtfertigt im Sinne von § 1 KSchG ist, eine Rolle spielen;" vgl. dazu Hueck-Nipperdey, Band I, § 57 Fußnote 13 mit Hinweis auf LAG Bremen, AP S. 4,90.

## 2. Vereinbarung langer Kündigungsfristen

Schließlich gibt es noch die Möglichkeit, einzelvertraglich eine Sicherung durch die Vereinbarung sehr langer Kündigungsfristen zu erreichen. Von dieser Möglichkeit wird vor allem bei leitenden Angestellten Gebrauch gemacht, wenn keine auf längere Zeit befristeten Arbeitsverträge abgeschlossen werden.

## 3. Zusammenfassung

Für die Gruppe der Arbeitnehmer, die nicht Tarifverträgen unterfallen, kommen als Bestandssicherung somit in Frage,

- ausdrücklicher Ausschluß der ordentlichen Kündigung, wobei dieser erweiterte Kündigungsschutz teilweise
  - wie bei Tarifverträgen zum Schutz älterer Arbeitnehmer-ab einem bestimmten Lebensalter und einer bestimmten Dauer der Betriebszugehörigkeit eintritt -
- Zeitverträge mit langer Laufzeit
- Anstellung auf Lebenszeit sowie
- Vereinbarung sehr langer Kündigungsfristen.

Gegenüber dem tariflich erweiterten Kündigungsschutz für bestimmte Arbeitnehmer fallen diese Vertragsgestaltungen allerdings zahlenmäßig kaum ins Gewicht.

Aus diesem Grunde richten sich die nachfolgenden Untersuchungen im wesentlichen an den Arbeitsverhältnissen mit langer Bindung aus, denen ein tariflich erweiterter Kündigungsschutz für bestimmte Personengruppen zugrundeliegt.

## B 2. Kapitel

### Der wichtige Grund zur Kündigung bei Arbeitsverhältnissen mit langer Bindung

Der erweiterte Kündigungsschutz wird - wie oben im 1. Kapitel im einzelnen dargestellt - in der Regel dadurch gewährleistet, daß älteren bzw. langjährigen Arbeitnehmern nur noch aus "wichtigem Grund" gekündigt werden kann. Ebenso können befristete Arbeitsverhältnisse und Arbeitsverhältnisse mit langen Kündigungsfristen vorzeitig nur "außerordentlich" gekündigt werden. Während sich in diesen Fällen die Voraussetzungen für das Vorliegen eines wichtigen Grundes - wie sich bereits aus dem Wortlaut des § 626 Abs. 1 BGB "Fortsetzung bis zu der vereinbarten Dauer der Bindung" ergibt - unzweifelhaft nach § 626 Abs. 1 BGB bestimmen, fragt es sich, ob der wichtige Grund in den Vorschriften des tariflich erweiterten Kündigungsschutzes ebenfalls mit dem wichtigen Grund des § 626 BGB gleichzusetzen ist.

#### I 1. Abschnitt:

#### Wichtiger Grund im Sinne des § 626 Absatz 1 BGB?

Denkbar wäre nämlich, daß es sich bei dem in den Tarifverträgen verwendeten Begriff des wichtigen Grundes

- um einen von § 626 Abs. 1 BGB abweichenden wichtigen Grund handelt, der zwar von wirklicher Wichtigkeit sein, aber nicht derart schwer sein muß, daß dem Kündigenden selbst die Innehaltung der vertragsmäßigen Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden kann<sup>1</sup>, oder
- daß durch diese tarifvertraglichen Vorschriften nur der allgemeine Kündigungsschutz über den § 1 des KSchG

---

<sup>1</sup> so RAG vom 9.1.37 - RAG 220/36 und vom 20.9.1939 - RAG 100/39, RAG 29,14 ff bzw. 37,255 ff.

hinaus auf das Erfordernis verstärkt wird, das sonst zur Rechtfertigung und Rechtswirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung von § 626 Abs. 1 BGB verlangt wird<sup>1</sup>.

Mit der Formulierung "wichtiger Grund" haben die Tarifvertragsparteien einen Ausdruck gebraucht, der von der allgemeinen Wortbedeutung her eine nur unbestimmte Aussage enthält<sup>2</sup>. Aus diesem Grunde ist seine Verwendung in einem Tarifvertrag von vornherein überhaupt nur dann sinnvoll, wenn man diesen Begriff in dem Sinne verwendet, wie er durch Rechtsprechung und Literatur ausgestaltet wurde.

Hinzu kommt, daß Tarifverträge in ihrem normativen Teil wie Gesetze auszulegen sind<sup>3</sup>.

Wenn nun die Tarifvertragsparteien diesen Begriff, der in der Rechtsterminologie einen ganz bestimmten Inhalt hat, dazu verwenden, langjährige bzw. ältere Arbeitnehmer weitgehend vor dem Verlust ihres Arbeitsplatzes zu schützen, dann ist davon auszugehen, daß sie diesen Begriff auch in seiner allgemein gültigen Bedeutung haben wiedergeben und angewendet wissen wollen<sup>4</sup>. Eine abweichende Begriffsbestimmung kommt nur dann in Betracht, wenn sich dafür aus dem Wortlaut oder dem Aufbau des Tarifvertrages sichere Anhaltspunkte ergeben<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Güntner, Neues Tarifvertragsrecht, RdA 74, 153 ff (160).

<sup>2</sup> vgl. dazu BAG vom 19.1.1973 - 2 AZR 103/72 AP Nr. 5 zu § 626 BGB Ausschußfrist.

<sup>3</sup> vgl. dazu BAG vom 4.11.70 - 4 AZR 121/70 AP Nr. 119 zu § 1 TVG Auslegung.

<sup>4</sup> vgl. dazu BAG vom 14.11.1957 - 2 AZR 481/55 AP Nr. 13 zu § 1 TVG sowie BAG vom 19.1.73 - 2 AZR 103/72 AP Nr. 5 zu § 626 BGB Ausschußfrist.

<sup>5</sup> vgl. dazu BAG vom 14.11.57 - 2 AZR 481/55 aaO sowie BAG vom 4.11.70 - 4 AZR 121/70 und vom 5.2.71 - 4 AZR 66/70 AP Nrn. 119 bzw. 120 zu § 1 Tarifvertragsgesetz Auslegung, jeweils mit weiteren Nachweisen.

Dazu geben aber weder Wortlaut und Systematik der Tarifverträge - der erweiterte Kündigungsschutz wurde in den meisten Fällen nachträglich hinter den Vorschriften über die Kündigungsfristen in die Tarifverträge eingefügt - noch der Zweck der tariflichen Alterssicherung Anlaß. Aus diesem Grunde ist davon auszugehen, daß der in den Tarifverträgen verwendete Begriff des wichtigen Grundes dem des § 626 Absatz 1 BGB entspricht.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> allg. Meinung; vgl. dazu grundlegend BAG vom 3.11.1955 - 2 AZR 39/54 AP Nr. 4 zu § 626 BGB sowie etwa ArbG Stuttgart vom 15.6.1976 - 14 Ca 168/76 - nicht veröffentlicht - zu § 9.2. MTV-Arbeiter der Metallindustrie Nordwürttemberg-Nordbaden; sowie Weng, Außerordentliche Kündigung altersgesicherter Arbeitnehmer, DB 77,676 mwN.

## II 2. Abschnitt

### Auswirkungen der langen Bindung auf die Zumutbarkeit der Fortsetzung von Arbeitsverhältnissen

Daß von einer langen Bindung im Einzelfall Auswirkungen auf die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ausgehen können, wird in Rechtsprechung und Literatur allgemein angenommen <sup>1</sup>.

Keine klare Linie ist allerdings zu erkennen, wenn es darum geht, wie sich eine lange Bindung im Rahmen der Interessenabwägung nach § 626 Abs. 1 BGB auswirkt.

So wird bspw. ausgeführt, bei einem unkündbaren Angestellten (des öffentlichen Diensts) sei ein besonders strenger Maßstab anzulegen: Es sei zu berücksichtigen, daß er gegen eine Kündigung in besonderem Maße gesichert sein solle. Der Grund müsse deshalb so triftig sein, daß er selbst gegenüber der vertraglichen Zusage einer nur unter ganz besonderen Umständen kündbaren Dauerstellung durchdringe <sup>2</sup>.

Auf der anderen Seite wird die Ansicht vertreten, daß dem Betrieb bei kurzen Kündigungsfristen die Weiterbeschäftigung eher zuzumuten sein werde, als bei langen

---

<sup>1</sup> vgl. dazu etwa BAG vom 19.1.1973 - 2 AZR 103/72 AP Nr. 5 zu § 626 BGB Ausschußfrist und Galperin DB 64, 1114 (1116), wo es heißt: "...Sehr wesentlich ist dagegen jeweils der Zeitfaktor, denn sicherlich ist bei jeder Zumutung gerade auch ihre Dauer ausschlaggebend."

<sup>2</sup> vgl. BAG vom 3.11.1955 - 2 AZR 39/54 AP Nr. 4 zu § 626 BGB, ebenso BAG vom 15.12.1955 - 2 AZR 239/54 und vom 9.7.1964 - 2 AZR 419/63 AP Nr. 6 und 52 zu § 626 BGB, wo auf die sich mit Rücksicht auf die Unkündbarkeit des Klägers ergebenden hohen Anforderungen an den wichtigen Grund hingewiesen wird; ebenso ArbG Stuttgart vom 15.6.1976 - 14 Ca 168/76 und vom 28.4.1976 - 10 Ca 841/75 - beide nicht veröffentlicht - sowie Gerhard Müller, Die allgemeine Rechtsprechung des BAG zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grunde, DB 58, 628 (629).

Kündigungsfristen<sup>1</sup>, bzw. daß mit Rücksicht auf die ansonsten bestehende Vertragsdauer die fristlose Kündigung leichter als sonst zuzulassen sei<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> vgl. BAG vom 3.11.1955 - 2 AZR 86/54 AP Nr. 5 zu § 626 BGB, wo u.a. ausgeführt wird, "... mit Recht rügt die Revision insoweit, daß das LAG nicht darauf eingegangen ist, ob denn nicht der Beklagten die Weiterbeschäftigung des Klägers über den 2.4.1952 hinaus etwa deshalb noch zugemutet werden durfte, weil das Arbeitsverhältnis ohnehin infolge befristeter Kündigung am 31.3.1952 enden sollte und es sich daher nur um eine Fortsetzung um knapp 4 Monate handelte ..." - sowie BAG vom 17.8.1972 - 2 AZR 415/71 AP Nr. 65 zu § 626 BGB, wo es in Bezugnahme auf dieses Urteil heißt: "...daß es dabei zugunsten der Beklagten die Unkündbarkeit des Anstellungsvertrages bis zum Ende des Jahres 1975 berücksichtigt hat, ist nicht zu beanstanden. Die Frage, zu welchem Zeitpunkt ein Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt werden kann, kann bei der Interessenabwägung durchaus eine Rolle spielen. Im Streitfall kommt es darauf nicht einmal entscheidend an. Auch wenn dem Kläger unter Einhaltung nur der gesetzlichen Frist ordentlich hätte gekündigt werden können, wiegt sein Verhalten so schwer, daß der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch für diesen kürzeren Zeitraum nicht zuzumuten gewesen wäre." vgl. auch Schaub § 125 V 5 S. 613, Stahlhacke, S. 77 Rdnr. 191.

<sup>2</sup> vgl. Hueck-Nipperdey, Band I § 59 V 2 -; Hueck, Anm. zu BAG AP Nr. 6 zu § 626 BGB, der gleichzeitig im Hinblick auf die nach § 626 BGB mögliche Rechtsfolge auf das paradoxe des Ergebnisses hinweist, daß einerseits die Vereinbarung langer Kündigungsfristen oder langer Vertragszeiten den Willen der Parteien zu stärkerer Bindung zum Ausdruck bringt, was die Kündigung eigentlich erschweren sollte; - daß aber andererseits dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf kurze Zeit eher zuzumuten sei, als das Durchhalten eines langfristigen Vertrages. Ebenso Nikisch, I § 50 IV. 4. sowie Nipperdey, BB 50, 399, der über den Bereich des Arbeitsrechts hinaus allgemein feststellt, daß je länger die Bindung an ein Dauerverhältnis sei "... diese um so unerträglicher werden kann, wenn Umstände eintreten, die das Verhältnis belasten;" - um so eher könne ein Umstand einen Grund zur fristlosen Kündigung ergeben. § 124a GewO bedeute nur die Anerkennung des Grundsatzes, daß bei längerer Bindung an ein Dauerverhältnis eine erschöpfende Aufzählung der Gründe zur fristlosen Kündigung nicht den Bedürfnissen des Falles entspreche, daß hier ein Ventil geschaffen werden und dem Richter die Abwägung des einzelnen Falles überlassen werden müsse. - Im Ergebnis ebenso BAG vom 8.10.1957 - 3 AZR 124/55 und 3 AZR 136/55 AP Nrn. 15 und 16 und BAG vom 9.7.1964 - 2 AZR 419/63 AP Nr. 52 zu § 626 BGB sowie ArbG Stuttgart vom 15.6.1976 - 14 Ca 168/76 sowie vom 28.4.1976 - 10 Ca 841/75 - beide nicht veröffentlicht -.

Ganz deutlich kommt diese Gegensätzlichkeit in der Beurteilung der Auswirkungen der langen Bindung zum Ausdruck im Leitsatz einer Entscheidung des BAG, wenn es dort heißt:

"Wird ein Anstellungsvertrag langfristig abgeschlossen... so kann das eine fristlose Entlassung erschweren, wenn auch umgekehrt dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf nur kurze Zeit meist eher zuzumuten ist, als das Durchhalten eines langfristigen Vertrages ...".

Um eine Klärung der Standpunkte zu erreichen ist - da im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB eine umfassende Würdigung des gesamten Sachverhalts unter Abwägung der gegenseitigen Interessen stattzufinden hat<sup>2</sup> - zuerst einmal eine differenzierte Betrachtung der Auswirkungen der langen Bindung auf Betrieb und Arbeitnehmer erforderlich.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu BAG vom 15.12.1955 - 2 AZR 239/54 AP Nr. 6 zu § 626 BGB.

<sup>2</sup> vgl. dazu Gerhard Müller, a.a.O. S. 629 unter III a.

## 1. Auswirkungen auf den Arbeitnehmer

Der Arbeitnehmer hat dann, wenn ihm nur noch aus wichtigem Grunde im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB gekündigt werden kann, eine stärkere Rechtsposition, weil sein Arbeitsplatz sicherer ist als der eines vergleichbaren Arbeitnehmers ohne diesen Schutz. Er hat praktisch eine Dauerstellung, wobei es im Falle der tarifvertraglichen Alterssicherung ja gerade der Zweck dieses Schutzes ist, daß der altersgesicherte Arbeitnehmer gegen eine Kündigung in besonderem Maße gesichert sein soll <sup>1</sup>.

Im Falle einer Kündigung steht für ihn deshalb nicht nur der Verlust des Arbeitsplatzes, sondern der Verlust einer gesicherten Rechtsposition auf dem Spiel, die für die meisten wichtiger als alles andere ist <sup>2</sup>. Aus diesem Grund ist ein besonders strenger Maßstab anzulegen <sup>3</sup>. Der Grund muß deshalb so triftig sein, daß er selbst gegenüber dieser besonders geschützten Rechtsposition durchdringt <sup>4</sup>.

Da es aber in jedem Fall der Kündigung von Arbeitsverhältnissen mit langer Bindung auch um den Verlust einer gesicherten Rechtsposition geht, bedeutet dies, daß dieser Umstand in jedem Fall in die Interessenabwägung nach § 626 Abs. 1 BGB einzubeziehen ist und deshalb in diesen Fällen generell erhöhte Anforderungen an das Vorliegen eines wichtigen Grundes zu stellen sind <sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. BAG vom 3.11.1955 - 2 AZR 39/54 AP Nr. 4 zu § 626 BGB.

<sup>2</sup> vgl. Gamillscheg Anm zu BAG EzA Nr. 1 zu § 95 BetrVG.

<sup>3</sup> vgl. BAG vom 4.8.1955 - 2 AZR 88/54, vom 3.11.1955 - 2 AZR 39/54, vom 15.12.1955 - 2 AZR 239/54, vom 9.7.1964 - 2 AZR 419/63 AP Nrn. 3, 4, 6 und 52 zu § 626 BGB.

<sup>4</sup> vgl. BAG vom 3.11.1955 - 2 AZR 39/54, vom 9.7.1964 - 2 AZR 419/63 AP Nrn. 4 bzw. 52 zu § 626 BGB.

<sup>5</sup> vgl. dazu etwa Gerhard Müller, "Die allgemeine Rechtsprechung des BAG zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grunde", DB 58, 628 ff (629 unter III d, mwN), wonach im Falle einer vereinbarten längeren Dauer des Arbeitsverhältnisses oder einer grundsätzlichen Unkündbarkeit ein strenger Maßstab erforderlich ist, weil der Arbeitnehmer mit dieser Gestaltung seines Arbeitsverhältnisses einen betonten Schutz erhalten soll. Ebenso Galperin aaO, S. 1116 unter III.5; Weng, aaO, S. 676 unter II 2a.

## 2. Auswirkungen der langen Bindung auf den Betrieb

Auf Seiten des Betriebes ist dagegen eine generelle Aussage etwa in der Form, daß dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf nur kurze Zeit eher zuzumuten ist, als die Durchführung eines langfristigen Vertrages, nicht möglich <sup>1</sup>; - vielmehr sind die Auswirkungen einer langen Bindung je nach Kündigungsgrund - im einzelnen recht unterschiedlich.

### a) Auswirkungen einer langen Bindung in den Fällen der fristlosen Kündigung wegen schuldhafter Pflichtverletzungen

So spielt es in den zahlenmäßig bei weitem Überwiegenden Fällen der außerordentlichen Kündigung, der fristlosen Kündigung wegen schuldhafter Pflichtverletzung <sup>2</sup>, für das Vorliegen eines wichtigen Grundes normalerweise gar keine oder jedenfalls nur eine sehr untergeordnete Rolle, ob und ggfs. mit welcher Frist das Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt werden kann.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu BAG vom 15.12.1955 - 2 AZR 239/54 AP Nr. 6 zu § 626 BGB im Leitsatz unter 4, wo durch Voranstellung des Wortes "meist" vor "eher" zum Ausdruck kommt, daß auch das BAG davon ausgeht, daß die Feststellung - daß dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf nur kurze Zeit eher zuzumuten ist, als das Durchhalten eines langfristigen Vertrages - nicht unumschränkt gilt; - allerdings ohne eine mögliche Differenzierung anzudeuten; vgl. auch Nipperdey, BB 50, 398 (399), der durch Verwendung des Wortes "kann" in seiner Bemerkung - "... je länger die Bindung an ein Dauerverhältnis ist ... um so unerträglicher kann die Bindung werden, wenn Umstände eintreten, die das Verhältnis belasten ..." - ebenfalls erkennen läßt, daß diese Aussage nicht allgemein gilt; vgl. auch Hück-Nipperdey, Band I § 59 V 2 S. 593; Nikisch § 50 IV 4 sowie Schaub, § 125 V; Stahlhacke, S. 77 Rdnr. 191, beide allerdings nur zu langen Kündigungsfristen.

<sup>2</sup> vgl. dazu etwa Schaub, § 125 V 2 wo es heißt: "Als wichtiger Grund kommen vor allem Vertragsverletzungen in Betracht"; ebenso Stahlhacke, S. 77, Rdnr. 192.

Denn in diesen Fällen ergibt sich der wichtige Grund nicht aus der Belastung, die mit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf Dauer verbunden ist; - vielmehr ist es die Schwere des Pflichtenverstosses bzw. sind es seine aktuellen Auswirkungen auf den Betrieb, die zum Schutze übergeordneter Betriebsinteressen eine außerordentliche Kündigung erforderlich machen können <sup>1</sup>.

aa) Fristlose Kündigung in den Fällen von Arbeitsverweigerung

Deutlich wird dies etwa am Beispiel der fristlosen Kündigung wegen Arbeitsverweigerung:

In den Fällen von Arbeitsverweigerung kann der Betrieb nicht deswegen fristlos kündigen, weil er für eine bestimmte Zeit von dem betreffenden Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung erhält <sup>2</sup>.

Was dem Arbeitgeber in diesem Zusammenhang zuzumuten ist, wird deutlich etwa am Rahmen des § 1 LohnfortzG, wonach er dem Arbeitnehmer im Falle krankheitsbedingten Arbeitsausfalls sechs Wochen das Arbeitsentgelt fortzuzahlen hat, ohne dafür eine Arbeitsleistung zu erhalten.

Eine Arbeitsverweigerung kann den Betrieb vielmehr deshalb zu einer fristlosen Kündigung berechtigen, weil diese Maßnahme im Einzelfall zur Aufrechterhaltung der betrieblichen Ordnung und Disziplin notwendig werden kann, die ihrerseits Voraussetzung für das Funktionieren und damit letztlich für den Bestand des Betriebes sind <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ähnlich LAG Bremen vom 15.3.1968 - 2 Sa 53/67 AP Nr. 56 zu § 626 Bl. 3 R mit Hinweis auf BAG AP Nrn. 3, 4, 6 und 11 zu § 626 BGB sowie Galperin aaO.

<sup>2</sup> vgl. dazu LAG Düsseldorf vom 27.11.1974 - 6 Sa 1249/74 DB 75,156.

<sup>3</sup> vgl. dazu LAG Düsseldorf vom 27.11.1974 - 6 Sa 1249/74 aaO S. 156, wo es heißt: "...da nicht der Verlust der Arbeitszeit sondern die Gefährdung der Ordnung des Betriebes im Vordergrund stand, kam es auch nicht darauf an, daß die Klägerin die morgendlichen Fehlzeiten abends nachgeholt hat... während für die Beklagte ein störungsfreier Betriebsablauf ... auf dem Spiele stand ... ist die Klägerin von der fristlosen Kündigung nicht besonders hart getroffen worden ...".

Die fristlose Kündigung ist somit ein Mittel des Betriebes, auf schuldhaftige Pflichtverstöße zu reagieren <sup>1</sup>, um dadurch nachteiligen Auswirkungen auf elementare übergeordnete Betriebsinteressen entgegenzuwirken.

Ob dazu in der aktuellen Situation eine sofortige Lösung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist, bestimmt sich aber in erster Linie nach der Schwere des Pflichtenverstößes und dem dabei zum Ausdruck kommenden Willen <sup>2</sup> des Arbeitnehmers und nicht danach, ob das Arbeitsverhältnis mit 14-tägiger oder 6-wöchiger Kündigungsfrist oder ob es ordentlich überhaupt nicht kündbar ist.

Dementsprechend wird in Entscheidungen über fristlose Kündigungen wegen Arbeitsverweigerung regelmäßig auf die Nachhaltigkeit des Willens <sup>3</sup>, den sich aus dem Arbeitsvertrag ergebenden Pflichten nicht nachzukommen, bzw. auf die Auswirkungen abgestellt, die sich aus dem Pflichten-

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Boetticher, der in der Festschrift für Molitor (1962) S. 123 ff (134) auf die "reaktive" Natur der "Verhaltenskündigung" hinweist; vgl. auch LAG Düsseldorf vom 27.11.1974 - 6 Sa 1249/74 aaO, wonach es von den übrigen Betriebsangehörigen übel vermerkt wird, wenn sich ein Arbeitnehmer Sonderrechte anmaßt, ohne daß der Arbeitgeber entsprechend reagiert.

<sup>2</sup> Aus diesem Grunde wird für fristlose Kündigungen in diesem Bereich regelmäßig vorausgesetzt, daß der Arbeitnehmer vorher entsprechend abgemahnt wurde;- vgl. dazu etwa Schaub § 125 V unter 2. mit Hinweis auf BAG AP Nr. 57 zu § 626 BGB;- denn in der Regel wird erst durch die Abmahnung dem Arbeitnehmer die Situation klar vor Augen geführt, aus der sich eine hartnäckige bzw. unterschiedene Weigerung ergeben kann: Eine Weigerung ist nur dann gegeben, wenn die Willensrichtung des Arbeitnehmers erkennbar wird, Anweisungen des Arbeitgebers nicht befolgen zu wollen. Dazu ist erforderlich, daß der Arbeitnehmer die Alternative sieht, vor die er gestellt ist: Entweder die berechnigte Weisung auszuführen oder die Konsequenzen zu ziehen - vgl. LAG Düsseldorf vom 23.5.1967 - 8 Sa 105/67 DB 67,1227; vgl. auch BAG vom 3.12.1970 - 2 AZR 110/70 AP Nr. 60 zu § 626.

<sup>3</sup> vgl. dazu etwa LAG Berlin vom 30.8.1977 - 3 Sa 152/76 DB 77,2384 mit Hinweis auf BAG DB 70,208.

verstoß für die betriebliche Ordnung und Disziplin<sup>1</sup> ergeben.

Demgegenüber finden sich - soweit ersichtlich - an keiner Stelle Ausführungen über die Bedeutung einer langen Bindung für die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach einer Arbeitsverweigerung<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu etwa LAG Hamm vom 7.4.1972, wo u.a. ausgeführt wird: "... daraus ergibt sich jedoch die Gefahr, daß die im Betrieb rechtswirksam gesetzte Ordnung ständig mißachtet und die Autorität von Vorgesetzten untergraben wird ...", - vgl. auch BAG vom 18.7.1963 - 2 AZR 436/62 DB 63,1090, wonach es zur Vermeidung schlechter Beispiele und damit letztlich zur Aufrechterhaltung der betrieblichen Ordnung und Disziplin notwendig ist, auf Arbeitsverweigerungen entsprechend zu reagieren; - ebenso ArbG Kiel vom 31.10.1974 3 c Ca 957/74 DB 71,2319; LAG Berlin vom 30.8.1977 - 3 Sa 152/76 DB 77,2384; LAG Düsseldorf vom 22.3.1966 - 8 Sa 435/65 DB 66,947.

<sup>2</sup> Dieses Ergebnis deckt sich im Übrigen weitgehend mit den Überlegungen, die bei der Einführung der 14-Tage-Frist des § 626 Abs. 2 BGB eine Rolle gespielt haben und heute noch bei der Handhabung dieser Vorschriften relevant sind: So etwa, wenn vom Gesetzgeber in der Begründung des Regierungsentwurfs dazu ausgeführt wurde, diese Regelung (gemeint ist die 14-Tage-Frist des § 626 Abs. 2 BGB) erscheine insbesondere auch aus dem Grunde gerechtfertigt, weil bei einer längeren Hinauszögerung der Kündigung nach der Kenntniserlangung von dem Kündigungsgrund die für die sofortige Lösung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Unzumutbarkeit seiner Fortsetzung kaum angenommen werden könne (- vgl. dazu Begründung des Regierungsentwurfs unter II zu Art. 2 Nr. 6 - BT-Drucksache V/2913 S. 11) - wenn das BAG ausdrücklich auf diese Begründung Bezug nimmt (- vgl. dazu BAG vom 17.8.1972 - 2 AZR 259/71 AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschußfrist Bl. 5 R 4, Abschnitt) - und auch die h.M. in der Literatur die Meinung vertritt, daß man bei der Frage der Zumutbarkeit die Reaktion des Betroffenen, also des Kündigenden, nicht außer acht lassen dürfe und daß man, wenn der Betroffene nicht unverzüglich zur Kündigung schreite, darauf schließen könne, daß er den Tatbestand, der nunmehr die außerordentliche Kündigung rechtfertigen solle, mindestens zunächst nicht als so schwerwiegend empfunden habe, um deshalb der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ein jähes Ende bereiten zu müssen; - vgl. dazu Herschel, Wichtiger Grund und Erklärungsfrist bei außerordentlicher Kündigung, AuR 71,257 ff (258 unter 4a) - sowie insgesamt unten unter B III 3a und b.

bb) Fälle der fristlosen Kündigung wegen bewußter Schädigung bzw. Verletzung des Betriebes

---

Ebenso ist es in Fällen wie Diebstahl, Betrug, Geheimnisverrat oder Abwerbung - in denen der Arbeitnehmer bewußt den Betrieb schädigt bzw. sich auf seine Kosten unberechtigterweise Vorteile verschafft - nicht in erster Linie der Eintritt eines Schadens an sich, der zu einer fristlosen Kündigung berechtigen kann.

Vielmehr ist es das - diesen Fällen gemeinsame - bewußte Hinwegsetzen über die sich aus der arbeitsvertraglichen Treuepflicht ergebenden Verpflichtung, alles zu unterlassen, was den Betrieb schädigt <sup>1</sup>, das in der aktuellen Situation zur ausreichenden Sicherung berechtigter, über das konkrete Arbeitsverhältnis hinausgehender Interessen des Betriebes, eine sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses erforderlich machen kann <sup>2</sup>.

Im einzelnen geht es dabei um die konkrete Gefahr erneuter Schädigungen der Betriebssubstanz, die mit der Weiterbeschäftigung des betreffenden Arbeitnehmers verbunden wäre <sup>3</sup>, und um die Aufrechterhaltung der betrieblichen

---

<sup>1</sup> vgl. dazu LAG Baden (Mannheim) vom 15.3.1957 - Sa 162/50 AR-Blatte D-Blatt Kündigung IX E 3 mwN, BAG vom 17.8.1972 - 2 AZR 415/71 AP Nr. 65 zu § 626 BGB, BGH vom 11.3.1977 - ZR 146/75 DB 77,1046.

<sup>2</sup> vgl. LAG Bremen vom 6.7.1955 - Sa 62/55 AP Nr. 10 zu § 626 BGB, wo es mit Hinweis auf Nikisch, Band I, § 25 I 2, Schnorr von Carolsfeld ArbR S. 33, Baumbach-Duden, HGB § 72 Anm 2 A heißt: "...die Treuepflicht muß als Richtschnur für sein (des Arbeitnehmers) Verhalten ... gelten und darf ... keine Absichten verfolgen, durch die der Betrieb geschädigt werden würde ...". Dazu wird in der Anmerkung aaO von Herschel festgestellt: "... Wenn auch kaum anzunehmen ist, daß diese außerordentliche Kündigung für die Beklagte von praktischem Nutzen war, so kann jedoch der Ausspruch als Disziplinarmaßnahme nicht verwertet werden...". Im Ergebnis ebenso LAG Saarbrücken vom 20.1.1965 - Sa 143/63 BB 65,457.

<sup>3</sup> vgl. dazu etwa LAG Bremen vom 6.7.1955 - Sa 62/55 aaO, wo es heißt: "... die Beklagte mußte, nachdem sie von der Absicht des Klägers erfahren hatte, befürchten, daß der Kläger seine weitere Tätigkeit in ihrem Betrieb dazu benutzen würde, die eingearbeiteten Arbeitskräfte der Beklagten ebenfalls zu überreden, aus dem Betrieb der Beklagten auszuschweichen. Einer solchen Gefahr konnte und brauchte sich die Beklagte aber nicht auszusetzen...". Ebenso LAG Düsseldorf vom 15.10.1976 - 11 Sa 845/75, DB

Sicherheit und Ordnung im Sinne eines grundlegenden Interesses eines jeden Betriebes daran, daß sich jeder der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer von bewußt betriebsschädigenden Verhaltensweisen zurückhält<sup>1</sup>.

Das Maß der Gefährdung dieser Betriebsinteressen bestimmt sich jedoch in erster Linie nach der Schwere des vorausgegangenen Pflichtenverstoßes.

Aus diesem Grunde kommt es auch in diesen Fällen für die Frage, ob in der aktuellen Situation zur ausreichenden Sicherung der Betriebsinteressen eine sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist, in erster Linie auf die Schwere des Pflichtenverstoßes<sup>2</sup> und nicht darauf an, mit welcher Frist das Arbeitsverhältnis ansonsten bzw. ob es überhaupt ordentlich kündbar ist.

Eine Bedeutung kann der Dauer der Bindung aber dann zukommen, wenn die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb ein besonderes Vertrauen voraussetzt.

Denn im Falle des Verlusts dieses Vertrauens fehlt in seiner Person eine wesentliche Voraussetzung zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten. Aus diesem Grunde gehen von einem Vertrauensverlust in diesen Fällen unmittelbare Auswirkungen auf den Wert der Arbeitsleistung und damit überhaupt auf das Arbeitsverhältnis aus. Die sich daraus ergebende Belastung kann dem Betrieb im Einzelfall bspw. für 3 Monate nicht jedoch auf Jahre hinaus zumutbar sein.

---

76,680; LAG Düsseldorf vom 15.10.1969 - 6 Sa 117/69 DB 69,2353; LAG Saarbrücken vom 20.1.1965 - Sa 143/63 BB 65,457; ArbG Hagen vom 4.2.1970 - 3 Ca 1379/69 DB 70,739.

<sup>1</sup> vgl. dazu etwa BAG vom 17.8.1972 - 2 AZR 415/71 AP Nr. 65 § 626 BGB, BGH vom 11.3.1977 - ZR 146/75 DB 77,1046, LAG Bremen vom 15.3.1968 - 2 Sa 53/67 AP Nr. 56 zu § 626 BGB, wonach zu den Grundregeln des Arbeitsverhältnisses insbesondere die Verpflichtung gehört, daß der Arbeitnehmer nicht den Interessen des Arbeitgebers zuwiderhandeln oder diese beeinträchtigen darf ...".

<sup>2</sup> vgl. LAG Düsseldorf vom 9.12.1964 - 3 Sa 422/64 BB 65, 336, wo es heißt: "... Art und Umfang der Treupflichtverletzung sind Kriterium dafür, ob ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses vorliegt ...".

Aus diesem Grunde kann in diesen Fällen für die Frage, ob ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung vorliegt, die Schwere der Pflichtverletzung hinter der Belastung zurücktreten, die mit der Fortsetzung eines - zuungunsten des Betriebes - dauerhaft äquivalenzgestörten Arbeitsverhältnisses - auf Dauer verbunden ist.

Deshalb kommt es in diesen Fällen nicht so sehr auf die Schwere der Pflichtverletzung bzw. ihre Auswirkungen auf den Betrieb, sondern auf die Dauer der Bindung bzw. darauf an, wie stark das Vertrauensverhältnis erschüttert wurde <sup>1</sup>.

Abgesehen von diesen Ausnahmen ist die Dauer der Bindung in den Fällen der fristlosen Kündigung wegen schuldhafter Pflichtverletzung wegen Verstosses gegen die arbeitsvertragliche Treuepflicht wie etwa wegen Diebstahl, Betrug, Abwerbung oder Geheimnisverrat somit für das Vorliegen eines wichtigen Grundes von untergeordneter Bedeutung.

#### cc) Verstöße im zwischenmenschlichen Bereich

Aber auch bei Pflichtenverstößen wie Beleidigungen oder Tätlichkeiten gegenüber anderen Betriebsangehörigen spielt

---

<sup>1</sup> vgl. dazu BAG vom 2.6.1960, 2 AZR 91/58 AP Nr. 42 zu § 626 BGB, wo zur fristlosen Kündigung eines 5-Jahrevertrages vor Ablauf des 1. Jahres ausgeführt wird: "... Das Berufungsgericht konnte diese - wenn auch nur einmalige - Unkorrektheit des Klägers, der eine besonders hervorgehobene leitende Vertrauensstellung innehatte, im Rahmen des Beurteilungsspielraumes des wichtigen Grundes dahin würdigen, daß dadurch das zur Fortsetzung des 5-jährigen Vertrages notwendige Vertrauen des Beklagten zum Kläger bereits nachhaltig erschüttert war." - ebenso BAG vom 17.8.1972 - 2 AZR 415/71 AP Nr. 65 zu § 626 BGB. In dieser Entscheidung wird neben der besonderen Bedeutung des "Vertrauens in seine Zuverlässigkeit und Redlichkeit" am Ende noch gesondert auf die Bedeutung der Dauer der Bindung in solchen Fällen eingegangen und ausgeführt: "... die Frage, zu welchem Zeitpunkt ein Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt werden kann, kann bei der Interessenabwägung durchaus eine Rolle spielen." - Ebenso BAG vom 3.11.1955 - 2 AZR 86/54 AP Nr. 5 zu § 626 BGB.

die Dauer der Bindung an das Arbeitsverhältnis normalerweise keine oder nur eine untergeordnete Rolle für das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Denn auch hier handelt es sich um konkrete Pflichtenverstöße, die zum Schutze übergeordneter allgemeiner Betriebsinteressen eine sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses erforderlich machen können. Im Einzelfall kann es dabei um die Erhaltung eines guten Betriebsklimas<sup>1</sup>, eines störungsfreien Betriebsablaufs<sup>2</sup> oder darum gehen, einer Störung des Betriebsfriedens<sup>3</sup> entgegenzuwirken.

Die Auswirkungen einer Beleidigung oder Tätlichkeit auf diese ungeschriebenen Rahmenbedingungen, die - im Interesse eines möglichst reibungslosen Zusammenwirkens im Betrieb - jeden Betriebsangehörigen vor groben und unangemessenen Beeinträchtigungen seiner Persönlichkeit durch andere Betriebsangehörige schützen sollen<sup>4</sup>, hängen jedoch in erster Linie davon ab, wie schwer bspw. die Ehrkränkung war und nicht davon, mit welcher Frist und ob das Arbeitsverhältnis überhaupt ordentlich kündbar ist.

Denn der Austausch der Hauptpflichten bleibt normalerweise ja trotz der Pflichtverletzung uneingeschränkt möglich.

Demnach hängt es auch in diesen Fällen von der Schwere des Pflichtenverstößes und nicht von der Dauer der Bindung ab, ob in der aktuellen Situation zum Schutze übergeordneter Betriebsinteressen eine fristlose Kündigung er-

---

<sup>1</sup> vgl. dazu etwa ArbG Wilhelmshaven vom 12.2.1968 - Ca 515/67 AuR 69,90, wo es heißt: "...ein Arbeitgeber braucht sich eine solche Untergrabung des Arbeitsklimas nicht gefallen zu lassen, sondern kann eine fristlose Vertragsbeendigung dann aussprechen." Ebenso LAG Saarbrücken vom 22.1.1964 - Sa 74/63 DB 64,1229, (1230).

<sup>2</sup> vgl. dazu LAG Frankfurt vom 28.6.1977 - 9 Sa 154/77, BB 77,1401; LAG Saarbrücken vom 22.1.1964 - Sa 74/63, DB 64,1230.

<sup>3</sup> vgl. dazu etwa LAG Baden-Württemberg (Mannheim) vom 20.1.1970 - 7 Sa 90/69, AuR 70,287; LAG Frankfurt vom 28.6.1977 - 9 Sa 154/77 aaO.

<sup>4</sup> vgl. dazu die oben aufgeführten Beispiele in den Fußnoten 1, 2 und 3.

forderlich ist <sup>1</sup>.

Allerdings steht bei außerordentlichen Kündigungen in diesem Bereich nicht immer der Schutz dieser Rahmenbedingungen zwischenmenschlicher Verhaltensweisen im Vordergrund. Vielmehr können Beleidigungen und Tötlichkeiten, die unter Berücksichtigung aller Umstände gar nicht so schwerwiegend sind, im Einzelfall etwa dauernde Spannungen oder eine latente Gefährdung des Betriebsfriedens zur Folge haben, die dem Betrieb auf Dauer nicht zugemutet werden können <sup>2</sup>.

Dadurch kann dem Zeitmoment aber in den Fällen, in denen es nicht in erster Linie um die Aufrechterhaltung von Rahmenbedingungen, sondern um die Beseitigung eines Zustands geht, durch den das Arbeitsverhältnis permanent belastet wird, erhebliche Bedeutung deshalb zukommen, weil die Belastung für den Betrieb entsprechend der Dauer der Bindung steigt. Diese Fälle sind aber auch hier die Ausnahme.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu BAG vom 15.12.1977 - 3 AZR 184/76, DB 78, 1038, wo es heißt: "... die Verbreitung derartiger Hetzparolen ... bedeutet eine so schwerwiegende Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, ... die sich kein Arbeitgeber gefallen zu lassen braucht." Um die Schwere des Pflichtenverstoßes festzustellen, wird regelmäßig auf die Person des Beleidigers und die besonderen Umstände eingegangen, unter denen es zu dieser Ehrkränkung gekommen ist; so wenn etwa das LAG Düsseldorf in der Entscheidung vom 9.12.1971 - 3 Sa 449/71 DB 72, 51 darlegt, daß "Bildungsgrad, der Beruf, die Umgebung am Arbeitsplatz" ... ebenso "für die Entscheidung über die Zulässigkeit einer fristlosen Kündigung aus diesem Grunde maßgebend" (sind) "wie die Verhältnisse und Umstände, die den betroffenen Arbeitnehmer zum Gebrauch dieses Zitats veranlaßten." Ebenso sehr anschaulich ArbG Bremen vom 3.8.1967 - 4 Ca 4204/67 AP Nr. 28 zu § 133c GewO und BAG vom 18.7.1957 - 2 AZR 121/55 AP Nr. 1 zu § 124a GewO.

<sup>2</sup> vgl. ArbG Solingen vom 14.6.1974 - 1 Ca 1741/73 DB 74, 1967 wo festgestellt wird, daß auch in Fällen von Beleidigung und Tötlichkeiten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer für die fristlose Kündigung ein schuldhaftes Verhalten des Arbeitnehmers nicht vorausgesetzt wird, wenn durch einen heftigen Streit zwischen den Parteien das Arbeitsverhältnis so zerrüttet ist, daß eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr möglich ist. Dabei komme es nicht darauf an, wer den Zustand letztlich verursacht habe. Eine Arbeit unter diesen Umständen sei niemand zuzumuten.

dd) Zusammenfassende Feststellungen

Damit gelten für fristlose Kündigungen wegen Arbeitsverweigerung, Diebstahl, Betrug, Abwerbung, Geheimnisverrat, Beleidigungen und Tötlichkeiten - also wegen schuldhafter Pflichtverletzungen im Funktionsbereich ebenso wie im Treue- und im zwischenmenschlichen Bereich - die gleichen Grundsätze, wenn es um die Auswirkungen der langen Bindung auf die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses geht:

- Soll die fristlose Kündigung - wie im Normalfall der außerordentlichen Kündigung wegen schuldhafter Pflichtverletzung - in erster Linie dazu dienen, die Rahmenbedingungen aufrechtzuerhalten, durch die über das einzelne Arbeitsverhältnis hinausgehende Interessen - etwa die betriebliche Ordnung und Disziplin oder der Betriebsfrieden - geschützt werden sollen - dann ist die Dauer der Bindung von untergeordneter Bedeutung,
- oder soll mit der außerordentlichen Kündigung ein Zustand beendet werden, der als Folge einer schuldhaften Pflichtverletzung dauerhaft das Arbeitsverhältnis beeinträchtigt, Dann - wie etwa in Fällen des Vertrauensverlustes bei Arbeitnehmern in besonderen Vertrauensstellungen, bei denen die Belastung des Betriebes entsprechend der Dauer des Arbeitsverhältnisses wächst, kann einer langen Bindung im Einzelfall ausschlaggebende Bedeutung für die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zukommen.

Diese Fälle sind jedoch - wie bereits erwähnt - die Ausnahme. Aus diesem Grund trifft die Feststellung, daß dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf nur kurze Zeit "meist" eher zuzumuten ist, als das Durchhalten eines langfristigen Vertrages - jedenfalls für die Fälle der fristlosen Kündigung wegen schuldhaften Pflichtverletzungen - nicht zu. Vielmehr spielt in diesem Bereich die Dauer der Bindung normalerweise keine Rolle für das Vorliegen eines wichtigen Grundes.

- b) Außerordentliche Kündigung aus objektiven in der Person des Arbeitnehmers oder im Betrieb liegenden Gründen <sup>1</sup>
- 

Anders ist es in den Fällen, in denen objektive <sup>2</sup>, in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegende Gründe die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen: Denn in diesen Fällen, in denen die außerordentliche Kündigung nicht als Reaktion auf einen schuldhaften Pflichtenverstoß sondern wegen einer dauerhaften Störung des Austauschverhältnisses oder deshalb erfolgt, weil für den Betrieb mit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf Dauer Nachteile oder Gefahren verbunden wären, steigt die für den Betrieb mit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verbundene Belastung entsprechend der Dauer der Bindung.

Deutlich wird dies am Beispiel der außerordentlichen Kündigung wegen Krankheit: In den Fällen der außerordentlichen Kündigung wegen Krankheit geht es vor allem um die wirtschaftliche und organisatorische Belastung des Betriebes, die sich aus dem dauernden oder häufigen Ausfall eines Arbeitnehmers ergibt, wenn nicht sicher ist, ob und wann er in der Lage sein wird, seine Arbeit wieder aufzunehmen <sup>3</sup>. In einem solchen Fall kann dem Betrieb nicht zugemutet werden, einen Arbeitsplatz

---

<sup>1</sup> Auch das BAG verwendet neuerdings den Begriff der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung - vgl. dazu BAG vom 30.5.1978 - 2 AZR 630/76, DB 78,1790 (1791 unter 3a).

<sup>2</sup> Daraus ergibt sich die Abgrenzung zu den Gründen in der Person des Arbeitnehmers, die auf einen vorausgegangenen Pflichtenverstoß beruhen, und die deshalb nach den dortigen Grundsätzen zu behandeln sind.

<sup>3</sup> vgl. dazu BAG vom 9.1.1964 - 2 AZR 419/63 AP Nr. 52 zu § 626 BGB; ArbG Stuttgart vom 15.6.1976 - 10 Ca 841/75, wo ausgeführt wird, "... Die Langwierigkeit ihres Ausfalls (2 3/4 Jahre ununterbrochene Arbeitsunfähigkeit) veranlaßte die Beklagte gerechtfertigt, an ihre Entlassung zu denken und so mit dem Arbeitsplatz der Klägerin eine neue unbeschränkte Arbeitschance für eine weitere Kraft zu bieten". - vgl. auch Weisemann, Krankheit und Kündigungsschutz, BB 77,1767; Lepke, Zum Kündigungsrecht des Arbeitgebers bei Erkrankungen des Arbeitnehmers, DB 70,489; Weng, a.a.O., S. 677; vgl. auch BAG vom 20.1.1977 - 3 AZR 523/75, BB 77,1250, zur außerordentlichen Kündigung eines Ausbildungsverhältnisses wegen Krankheit.

unbegrenzt lange freizuhalten: Denn in diesen Fällen wächst die sich aus der Störung des Austauschverhältnisses ergebende Belastung für den Betrieb entsprechend der Dauer der Bindung <sup>1</sup>.

Die gleichen Überlegungen gelten für die Fälle, in denen der Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen auf Dauer nicht mehr in der Lage ist, die ihm angebotene Arbeitsleistung weiterhin sinnvoll einzusetzen, insbesondere also bei Betriebsstillegungen. An diesem Beispiel kommt die mit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verbundene wirtschaftliche Belastung wohl am deutlichsten zum Ausdruck: Sie würde darin bestehen, daß der Arbeitgeber für die gesamte restliche Dauer der Bindung das vereinbarte Arbeitsentgelt weiterzahlen müßte, ohne dafür eine - jedenfalls für ihn selbst - verwertbare Gegenleistung zu erhalten <sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu ArbG Stuttgart vom 15.6.1976 - 14 Ca 168/76 wo es heißt: "... Gegeneinander abzuwägen waren im vorliegenden Fall das Interesse des Klägers, der z.Zt. der Kündigung 56 Jahre alt und seit 13.10.1969 bei der Beklagten beschäftigt war, an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses um weitere 9 Jahre bzw. bis zu seiner beantragten Invalidisierung wegen Erwerbsunfähigkeit und das Interesse der Beklagten, dieses Arbeitsverhältnis zu beenden ...".

<sup>2</sup> Aus diesem Grunde wird in Entscheidungen über außerordentliche Kündigungen aus betriebsbedingten Gründen sehr ausführlich auf die sich aus der Dauer der Bindung ergebende wirtschaftliche Belastung eingegangen und bspw. ausgeführt: "... Ein wichtiger Grund ist allgemein gesehen dann gegeben, wenn dem Arbeitgeber nach Lage der Verhältnisse nicht zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis bis zu dem Zeitpunkt fortzusetzen, zu welchem es ordentlich gekündigt werden kann oder durch Dienstunfähigkeit oder Erreichen der Altersgrenze sein Ende findet. Dies wäre hier, da den Klägern nach § 48 BMT-G nicht mehr ordentlich gekündigt werden kann, normalerweise der Zeitpunkt, in dem sie ihr 65. Lebensjahr vollenden würden, also von der Kündigung an gerechnet bei dem einzelnen Kläger noch etwa 15 - 20 Jahre. So lange müßte der Beklagte normalerweise die Kläger weiterbeschäftigen und ihnen Lohn zahlen, wenn er mit der außerordentlichen Kündigung nicht durchdringt: ... im Falle der Nichtbeendigung fällt vor allem die finanzielle Last ins Gewicht, die der Beklagte dann zu tragen hätte, obwohl er die Arbeitskräfte der Kläger nicht mehr verwenden könnte - vgl. BAG vom 8.10.1957 - 3 AZR 154/55 AP Nr. 15 zu § 626 BGB; - ebenso BAG vom 8.10.1957 - 3 AZR 136/55 AP Nr. 16 zu § 626 BGB; vgl. auch die grundlegenden Ausführungen in BAG vom 3.11.1955 - 2 AZR 39/54 AP Nr. 4 zu § 626 BGB.

Entscheidend für die außerordentliche Kündigung ist also die wirtschaftliche Belastung, die für den Betrieb mit der Fortführung eines Arbeitsverhältnisses verbunden ist.

Damit kann aber gleichzeitig aus objektiven in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen praktisch nur noch im Zusammenhang mit einer langen Bindung außerordentlich gekündigt werden. Denn nur noch in diesen Fällen kann sich die mit der Fortführung des Arbeitsverhältnisses verbundene Belastung für den Betrieb so steigern, daß sich daraus ein über die soziale Rechtfertigung hinausgehender wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung ergibt <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Galperin, aaO S. 1114 unter I., der darauf hinweist, daß mit dem Inkrafttreten des KSchG der Begriff des wichtigen Grundes noch problematischer wurde: "... denn nun war auch die ordentliche fristgerechte Kündigung bereits an den Nachweis tatbestandsmäßig normierter Kündigungsgründe gebunden, so daß jetzt bei der außerordentlichen Kündigung eine Akzentverschiebung vom wichtigen Grund zum wichtigen Grund nötig wurde, um ihre vom Regelfall der sozial gerechtfertigten Kündigung abweichenden, und zwar vom Wesen der außerordentlichen Kündigung her qualifizierten Voraussetzungen deutlicher hervortreten zu lassen...". - Deutlich wird dies in diesem Zusammenhang etwa am Vergl. zu der früheren Regelung des § 123 I 8 GewO, wonach eine fristlose Kündigung möglich war in den Fällen von ansteckender und langanhaltender Krankheit: Nach der heutigen Rechtslage ist eine außerordentliche und erst recht eine fristlose Kündigung wegen Krankheit bei ordentlich kündbaren Arbeitsverhältnissen praktisch ausgeschlossen; vgl. dazu etwa Stahlhacke, aaO, S. 99 Rdnr. 243, wo es heißt: "... Ist aber schon die fristgerechte Kündigung wegen Krankheit nicht ohne weiteres möglich, so gilt dies erst recht für die fristlose Kündigung...".

c. Zusammenfassende Feststellungen

Damit ergibt sich für die Auswirkungen der langen Bindung auf die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses folgendes Bild:

Da es auf Seiten des Arbeitnehmers zusätzlich zum Verlust des Arbeitsplatzes in jedem Fall um den Verlust einer gesicherten Rechtsposition geht, ist an die außerordentliche Kündigung eines Arbeitnehmers aus diesem Personenkreis von vornherein ein besonders strenger Maßstab anzulegen.

Diese erhöhten Anforderungen an den wichtigen Grund wirken sich dann zugunsten des geschützten Arbeitnehmers aus, wenn die Dauer der Bindung auf Seiten des Betriebes von nur geringer Bedeutung für die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ist. Dies ist, wie oben im einzelnen ausgeführt - regelmäßig der Fall bei fristlosen Kündigungen wegen schuldhafter Pflichtverletzungen.

Anders ist es dann, wenn objektive in der Person des Arbeitnehmers oder im Betrieb liegende Gründe eine dauerhafte Störung des Austauschverhältnisses nach sich ziehen.

In diesen Fällen steigt die Belastung für den Betrieb entsprechend der Dauer der Bindung an das Arbeitsverhältnis. Dadurch kann die Fortführung des Arbeitsverhältnisses auf Dauer zu einer solchen Belastung werden, daß dem Arbeitgeber die Fortführung des Arbeitsverhältnisses - auch unter Berücksichtigung der besonders geschützten Rechtsposition des Arbeitnehmers - für die restliche Dauer der Bindung nicht zugemutet werden kann.

Das bedeutet aber, daß sich in den Fällen der außerordentlichen Kündigung aus objektiven in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses aus der über die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist hinausgehenden Bindung ergeben kann, wobei die Besonderheit dieser Fälle darin liegt, daß Gründe wie etwa Krankheit oder

betriebsbedingte Gründe zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigen können, die - ohne die Bindung - höchstens für eine ordentliche Kündigung ausreichen.

### 3. Zulässigkeit der Berücksichtigung der langen Bindung

Aus dieser möglichen Folge der Erweiterung des Kündigungsschutzes für ältere Arbeitnehmer leiten sich nämlich Bedenken gegen die Zulässigkeit der Berücksichtigung der langen Bindung im Rahmen der Interessenabwägung nach § 626 Abs. 1 BGB her: Denn sie steht im offensichtlichen Gegensatz zu dem Schutzzweck des tariflichen Kündigungsschutzes für ältere Arbeitnehmer.

Dementsprechend will das BAG in der vergleichbaren Situation - der außerordentlichen Kündigung von Betriebsratsmitgliedern - nur die Frist in die Interessenabwägung einbeziehen, die für eine ordentliche Kündigung gelten würde, wenn es sich nicht um ein Betriebsratsmitglied handeln würde<sup>1</sup>. Ebenso geht die 10. Kammer des ArbG Stuttgart in ihrer Entscheidung vom 13.12.1979<sup>2</sup> davon aus, daß im Falle des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung durch die tarifvertragliche Alterssicherung für die Prüfung der Frage, ob die Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB vorliegen, der Umstand außer acht zu bleiben hätte, daß der Kläger unkündbar, d.h. eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht möglich ist. Bei der Prüfung der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei deshalb auch in solchen Fällen abstrakt von der Fiktion der Möglichkeit des Ausspruches einer ordentlichen Kündigung auszugehen.

Teilweise wurde auch die Meinung vertreten, ein Arbeitsverhältnis, das mit ordentlicher Kündigung nicht mehr aufgelöst werden könne, dürfe auch außerordentlich wegen einer

---

<sup>1</sup> vgl. dazu BAG vom 8.8.1968 - 2 AZR 348/67 AP Nr. 57 zu § 626 BGB im Leitsatz unter 5, wo es heißt: "Die Frage, ob dem Arbeitgeber zugemutet werden kann, den Arbeitnehmer noch während der Dauer der Kündigungsfrist zu beschäftigen, spielt auch bei der fristlosen Entlassung eines Betriebsratsmitgliedes eine Rolle. In diesem Fall ist die Frist maßgebend, mit der eine ordentliche Kündigung ausgesprochen werden könnte, wenn es sich nicht um ein Betriebsratsmitglied handelte" - allerdings ohne Begründung; ebenso Stahlhacke, RdNr. 502, S. 208, der aber darauf hinweist, daß das Betriebsratsmitglied dadurch besser gestellt ist, als ein Arbeitnehmer, der für einen längeren Zeitraum unkündbar ist.

<sup>2</sup> vgl. Entscheidung des ArbG Stuttgart vom 13.12.1979 - 10 Ca 587/79 - nicht veröffentlicht -.

Betriebsstillegung nicht mehr gekündigt werden <sup>1</sup>.

Bedenken gegen eine Festschreibung der Interessenabwägung auf eine Kündigungsfrist, die zwar ohne die lange Bindung des Arbeitgebers gelten würde, mit der aber tatsächlich nicht gekündigt werden kann, ergeben sich bereits aus dem Wortlaut des § 626 Abs. 1 BGB.

a) Interpretation aus dem Wortsinn des § 626 Abs. 1 BGB

Nach dem Wortlaut des § 626 Abs. 1 BGB ist ein wichtiger Grund dann gegeben,

" wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann."

Diese Beschreibung des wichtigen Grundes, die von der Rechtsprechung <sup>2</sup> entwickelt wurde und bereits in ähnlicher Form in § 16 LAO einen gesetzlichen Niederschlag gefunden hatte, läßt - wenn sie auch im Übrigen keine Regelung enthält, die eine deduktive Ableitung zuläßt <sup>3</sup> - zweierlei erkennen:

Zum einen ergibt sich aus der Verwendung des Begriffs "Tatsachen" und dem ausdrücklichen Hinweis auf "alle Umstände des Einzelfalles", daß die Prüfung der Zumutbarkeit von den konkreten Umständen auszugehen hat. Schon allein aus diesem Grunde müßte nach dem Wortlaut des § 626 Abs. 1 BGB im Rahmen der Interessenabwägung von der tatsächlichen

---

<sup>1</sup> vgl. dazu LAG Hamm in der dem Urteil des BAG vom 8.10.57 - 3 AZR 124/55 in AP Nr. 15 zu § 626 BGB zugrundeliegenden Entscheidung; - In die gleiche Richtung geht der Leitsatz der in AP Nr. 4 zu § 626 BGB abgedruckten Entscheidung des BAG vom 3.11.1955 - AP Nr. 4 zu § 626 BGB wenn es dort unter 2. heißt: "... Ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist dann anzunehmen, wenn dem einen Vertragsteil nicht zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis mit dem anderen Vertragsteil fortzusetzen und zwar auch nicht für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist ...".

<sup>2</sup> vgl. dazu BAG vom 27.11.1972 - 2 AZR 157/71 AP Nr. 2 zu § 626 BGB - Ausschußfrist; - sowie Schaub, § 125 V 1.

<sup>3</sup> Galperin DB 64,1114 unter II.

Dauer der Bindung - d.h. im Falle des erweiterten Kündigungsschutzes durch Ausschluß der ordentlichen Kündigung von der voraussichtlichen Dauer des Arbeitsverhältnisses bis zur Pensionierung oder einer vorherigen Invalidisierung<sup>1</sup> - ausgegangen werden. Wenn nun aber zur näheren Bestimmung des wichtigen Grundes neben die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer der "ordentlichen Kündigungsfrist" ausdrücklich noch die Zumutbarkeit für die "vereinbarte Dauer" gestellt ist, dann kommt im Wortlaut des § 626 Abs. 1 BGB eindeutig zum Ausdruck, daß der Interessenabwägung in jedem Fall der Zeitraum zugrundegelegt werden muß, den das Arbeitsverhältnis - ohne die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung - voraussichtlich dauern würde.

Dieser - sich allein aus dem Wortlaut des § 626 Abs. 1 BGB ergebende - Prüfungsrahmen für die Zumutbarkeit steht im Einklang mit der Natur und dem Wesen der außerordentlichen Kündigung und ihrer Kodifikation in Form einer Generalklausel:

b) Wesen der außerordentlichen Kündigung als Ausnahmerecht

Die außerordentliche Kündigung ist ihrem Wesen nach ein Ausnahmerecht<sup>2</sup>, durch das dem Umstand Rechnung getragen wird, daß in einem Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis Umstände eintreten können, unter denen es unbillig wäre, einen der Beteiligten gegen seinen Willen am Arbeitsverhältnis festzuhalten. Deshalb muß es jeder Vertragspartei gestattet sein, sich vorzeitig aus dem Arbeitsverhältnis zu lösen. Eine solche vorzeitige Lösung des Arbeitsverhältnisses muß aber immer durch besondere

---

<sup>1</sup> vgl. dazu BAG vom 27.11.1972 - 3 AZR 124/55 bzw. 3 AZR 136/55 AP Nrn. 15 und 16 zu § 626 BGB.

<sup>2</sup> vgl. dazu Galperin, DB 64,1114 unter I.

Gründe gerechtfertigt sein <sup>1</sup>. Die Feststellung solcher Gründe kann aber sinnvoll nur auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles und der tatsächlichen Interessen der Vertragsparteien getroffen werden <sup>2</sup>.

c) Kodifikation der außerordentlichen Kündigung in Form einer Generalklausel

---

Dem hat der Gesetzgeber durch die Kodifikation der Rechtsprechung der außerordentlichen Kündigung in Form einer Generalklausel Rechnung getragen <sup>3</sup>: Denn gerade diese Kodifikationstechnik eröffnet die Möglichkeit einer umfassenden Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles <sup>4</sup>.

Da die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses aber nur auf der Grundlage der tatsächlich gegebenen Umstände festgestellt werden kann, ist es auch mit der Fassung des § 626 Abs. 1 BGB als Generalklausel nicht zu vereinbaren, wenn im Rahmen der Interessenabwägung an die Stelle der tatsächlichen Dauer der Bindung die ansonsten geltende ordentliche Kündigungsfrist treten würde, mit der gerade nicht gekündigt werden kann.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Nikisch, Band I § 50 I 1.

<sup>2</sup> vgl. dazu Gerhard Müller, aaO.S. 628 unter II, der - im Hinblick auf die Rechtsauffassung des BAG - darauf hinweist, daß diese Abwägung, "...soll sie gerecht sein, ihrem Wesen nach nur umfassend ..." sein kann und dazu weiter bemerkt, daß der wichtige Grund des Rechtsbegriffs deshalb vom Gericht im Prozeß dann verkannt ist, wenn es an einer allseitigen, alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände auch wirklich verwertenden Abwägung der beiderseitigen Interessen fehlt. Dementsprechend sind die Anforderungen die an die Feststellungen zum Vorliegen eines wichtigen Grundes zu stellen sind, bei der dem Arbeitnehmer ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung auch abhängig von der etwa vereinbarten längeren Dauer des Arbeitsverhältnisses oder einer Unkündbarkeit; - so G. Müller, aaO.S. 629 unter III d; ebenso Galperin, aaO.S. 1115 unter III. 1. und S. 1116 unter III. 6.; - dies verkennt die 10. Kammer des ArbG Stuttgart in ihrer Entscheidung vom 13.12.1979 - 10 Ca 587/79.

<sup>3</sup> vgl. dazu unten C II 1b.

<sup>4</sup> vgl. dazu grundsätzlich Larenz, "Methodenlehre der Rechtswissenschaft", insbesondere S. 139/140; Esser "Grundsatz und Norm", insbesondere 150 f, sowie speziell für die Vorschrift des § 626 BGB König, aaO.S. 10.

Dies muß insbesondere unter dem Gesichtspunkt gelten, daß sich der Gesetzgeber bewußt für diese Kodifikationsmethode entschieden hat <sup>1</sup>.

Daraus ergibt sich, daß die Prüfung der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht auf die Dauer der ansonsten geltenden ordentlichen Kündigungsfrist beschränkt werden kann, sondern daß in jedem Fall die tatsächliche Dauer der Bindung in die Interessenabwägung einzubeziehen ist.

#### d) Bewertung des Gewichts der gesicherten Rechtsposition

Der Schutzzweck einer langen Bindung - wie etwa im Fall des tariflich erweiterten Kündigungsschutzes für ältere

---

<sup>1</sup> Der Gesetzgeber des BGB, dem zur Ausarbeitung des Rechts der außerordentlichen Kündigung von Dienstverhältnissen mit den damaligen rechtsgesetzlichen Vorschriften vor allem Bestimmungen zur Verfügung standen, in denen die einzelnen Kündigungsgründe enumerativ aufgeführt waren (z.B. HGB, GewO, SeemannsO - vgl. dazu im einzelnen Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Kommission, Redaktoren Motive nebst Vorlagen, - Schuldverhältnisse II, Art. 614 - 655, 675 - 680), kam nach umfangreichen Beratungen zu der Überzeugung, daß die Verträge, auf die Rücksicht zu nehmen sei, so verschiedener Art seien, daß eine erschöpfende Aufstellung der einzelnen Gründe oder auch nur einiger Beispiele sich als nicht ausführbar erweise. Aufgrund der großen Schwierigkeiten, denen die nähere Bestimmung der Gründe unterliegt, welche zum Rücktritt von dem Verträge berechtigen sollen (vgl. dazu Haidlen, BGB-Kommentar, S. 692 mwN) entschied man sich für den Standpunkt, daß das Gesetz an der vorliegenden Stelle, wo der Dienstvertrag allgemein geregelt werde, sich darauf zu beschränken habe, das Prinzip auszusprechen, daß wichtige Gründe das fragliche Recht verleihen. Welche Gründe als wichtige anzusehen seien, dürfe der richterlichen Würdigung überlassen werden. Der Gesetzgeber des Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes von 1969, dem es vor allem um eine Vereinheitlichung und eine Vereinfachung des Rechts der außerordentlichen Kündigung ging - vgl. BT-Drucksache V, 3913, 4376 sowie AuR 69, 64 - behielt bewußt die Form der Generalklausel bei, weil sich die gesetzliche Aufzählung einzelner Kündigungsgründe, die zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigen, wegen des stetigen Wandels der tatsächlichen Gegebenheiten als unzweckmäßig erwiesen habe. Gleichzeitig mit der Verabschiedung des Gesetzes verband er die Aufforderung, auf diesem Wege zu einer schrittweisen Anpassung des Arbeitsrechts an die Fortentwicklung der modernen Industriegesellschaft zu gelangen - vgl. dazu auch AuR 69, 239.

Arbeitnehmer - kann aber auch ohne die Fiktion einer tatsächlich nicht gegebenen Lösungsmöglichkeit gewährleistet werden: Denn die Rechtsprechung hat es in jedem Einzelfall in der Hand, die beteiligten Interessen so zu bewerten, daß dem beabsichtigten Schutzzweck ausreichend Rechnung getragen wird.

Dies kann aber ebenso nur dadurch geschehen, daß der Interessenabwägung nach § 626 Abs. 1 BGB die tatsächliche Dauer der Bindung zugrundegelegt wird.

e) Zwei Interessenlagen im Rahmen der außerordentlichen Kündigung

Denn nur so kann dem Umstand Rechnung getragen werden, daß es im Rahmen der außerordentlichen Kündigung zwei typische Interessenlagen gibt, die eine differenzierte Betrachtung erforderlich machen <sup>1</sup>:

Im Normalfall, d.h. im zahlenmäßig bei weitem überwiegenden Teil der Fälle der außerordentlichen Kündigung geht es - wie oben im einzelnen dargestellt <sup>2</sup> - um die fristlose Kündigung ordentlich kündbarer Arbeitsverhältnisse wegen bewußter Verletzung von Pflichten aus dem Arbeitsvertrag.

Das "Außerordentliche" dieser Fälle besteht darin, daß der Arbeitnehmer den Schutz verliert, den ihm normalerweise eine ordentliche Kündigungsfrist bietet <sup>3</sup>. Deshalb ist in diesen Fällen ein wichtiger Grund nur dann gegeben, wenn dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer der "ordentlichen" Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dagegen kann es im Falle von Arbeitsverhältnissen mit langer Bindung dem Arbeitgeber durchaus zumutbar sein, das Arbeitsverhältnis für die Zeit der ansonsten geltenden ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen, nicht aber für die gesamte restliche Dauer der Bindung.

---

<sup>1</sup> vgl. Nikisch, Band I § 50 I 1 S. 718.

<sup>2</sup> vgl. dazu oben B II 2a mwN.

<sup>3</sup> vgl. dazu Nikisch, Band I § 50 I 1 S. 718.

In diesen Fällen, in denen es sich - wie oben im einzelnen dargestellt <sup>1</sup> - vor allem um objektive in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründe handelt, geht es nicht um eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern darum, überhaupt aus der dauernden Bindung an das Arbeitsverhältnis herauszukommen.

Ob dafür ein wichtiger Grund gegeben ist, kann sinnvollerweise aber nur geprüft werden, wenn man die tatsächlich ganze Dauer der Bindung in die Interessenabwägung einbezieht.

f) Zusammenfassende Feststellungen und Problematik der außerordentlichen Kündigung von Arbeitsverhältnissen mit langfristiger Bindung

---

Aus diesem Grunde wird der Schutzzweck einer langen Bindung - wie etwa in den Fällen des tariflich erweiterten Kündigungsschutzes - nicht dadurch vereitelt, daß durch die Berücksichtigung der langen Bindung die außerordentliche Kündigung in Fällen möglich wird, in denen sonst nur ordentlich gekündigt werden könnte: Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses erfolgt in diesen Fällen - wie oben dargestellt - ja nur deshalb als "außerordentliche", weil wegen des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung "ordentlich" gar nicht mehr gekündigt werden kann.

Eine außerordentliche Kündigung ist jedoch in diesen Fällen nur dann möglich, wenn dafür ein wichtiger Grund vorliegt. Welche Voraussetzungen dabei an den Begriff des wichtigen Grundes gestellt werden, wird aber auch in diesen Fällen, in denen es dem Betrieb nicht um die Einhaltung einer Frist, sondern nur darum geht, überhaupt aus dem Arbeitsverhältnis herauszukommen, in erster Linie durch die Rechtsprechung bestimmt.

Problematisch wird der Umstand, daß bei Arbeitsverhältnissen mit langer Bindung eine außerordentliche Kündigung in

---

<sup>1</sup> vgl. dazu oben II, 2b.

Fällen möglich ist, in denen normalerweise nur ordentlich gekündigt werden kann, allerdings im Hinblick auf die Rechtsfolge des § 626 Abs. 1 BGB: Denn nach dem Wortlaut dieser Vorschrift ist die fristlose Kündigung auch in den Fällen möglich, in denen - ohne die lange Bindung - nur eine ordentliche Kündigung möglich gewesen wäre.

Denn dadurch könnte durch die verstärkte Bindung der Parteien eine fristlose Kündigung in Fällen möglich werden, in denen - ohne die lange Bindung - nur ordentlich mit Frist gekündigt werden kann.

Ob sich dieses - offensichtlich im Widerspruch zu Sinn und Zweck einer langen Bindung stehende - Ergebnis durch einen Anspruch auf Einräumung einer Frist vermeiden läßt, ist jedoch in erster Linie eine Frage der Rechtsfolgeseite des § 626 Abs. 1 BGB.

Sie wird gesondert im 3. Kapitel behandelt.

### III 3. Abschnitt

Bedeutung der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB für die außerordentliche Kündigung von Arbeitsverhältnissen mit langer Bindung

---

#### 1. Problemstellung

Besondere Probleme entstehen bei der außerordentlichen Kündigung langfristiger Arbeitsverhältnisse aus objektiven, in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen aus der 14-Tage-Frist des § 626 Abs. 2 BGB: Denn in diesen Fällen ist der Grund, aus dem sich die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses - etwa wegen Krankheit des Arbeitnehmers oder Betriebsstillegung - ergibt, normalerweise schon länger als 14 Tage bekannt.

Aus der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB könnte sich somit praktisch der Ausschluß der Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung langfristiger Arbeitsverhältnisse aus objektiven, in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen ergeben.

#### 2. Verfassungswidrigkeit der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB?

Wegen der praktischen Folgen, welche die Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB nach sich zieht, sind gleich nach dem Inkrafttreten dieser Vorschrift Bedenken gegen ihre Verfassungsmäßigkeit erhoben worden <sup>1</sup>.

Angeführt wurde dazu u.a.,

- diese Frist verstoße gegen die menschliche Würde und

---

<sup>1</sup> vgl. dazu insbesondere Küchenhoff, 'Verfassungswidrigkeit des § 626 Abs. 2 BGB n.F.', AuR 71, 1 ff.

### Handlungsfreiheit

- sie taste die freie Entfaltung des Vereinslebens in seinem Wesensgehalt an
- ihre Einhaltung sei in verschiedenen Fällen praktisch unmöglich
- auch der Arbeitnehmer brauche aus seiner besonderen Situation heraus vielfach eine längere Frist als zwei Wochen; deshalb verstoße die Frist des § 626 Abs. 2 BGB gegen das Recht auf eine würdige Lebensgestaltung und die freie Entfaltung der Persönlichkeit im sozialen Rechtsstaat; der durch sie ausgelöste Zeitdruck für Kündigungsentschlüsse vertrage sich auch nicht mit dem Grundrecht der freien Wahl des Arbeitsplatzes nach Art. 12 Abs. 1 GG<sup>1</sup>.

Dem wurde - unter ausdrücklicher Einräumung der Schwierigkeit einer Grenzziehung, wie sie ja mit einer jeden Frist verbunden ist - entgegengehalten,

- aus kollektiven Gesichtspunkten wie der Ordnung des Betriebes bzw. des Betriebsfriedens heraus solle eine längere Ungewißheit über das Schicksal der Arbeitsverhältnisse nicht geduldet werden,
- dazu komme als individueller Gesichtspunkt das Postulat der Rechtssicherheit. Neben solchen rein rechtspolitischen Erwägungen müsse auch dem Umstand Rechnung getragen werden, daß sich der § 626 Abs. 1 BGB eindeutig zum Zumutbarkeitsprinzip bekenne. Deshalb dürfe man auch die Reaktion des Betroffenen, also des Kündigenden nicht unberücksichtigt lassen. Man dürfe deshalb, wenn der Betroffene nicht unverzüglich zur Kündigung schreite, darauf schließen, daß er den Tatbestand, der nunmehr die außerordentliche Kündigung rechtfertigen soll, mindestens zunächst nicht als so schwerwiegend empfunden hat, um deshalb der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ein jähes Ende bereiten zu müssen.

Dabei werde sein Verhalten sehr oft einem Verzeihen ähneln<sup>2</sup>.

Das BAG griff in der ersten Entscheidung, bei der es um eine mögliche Versäumung der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB ging, diesen Meinungsstreit auf und sprach sich für die Vereinbarkeit des § 626 Abs. 2 mit dem

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Küchenhoff, a.a.O., insbesondere unter II 1c, 2 c, 3 c und 4 b.

<sup>2</sup> vgl. dazu Herschel, Wichtiger Grund und Erklärungsfrist bei außerordentlicher Kündigung, AuR 71, 257 ff (258).

Grundgesetz aus <sup>1</sup>.

Zur Begründung bezog es sich dabei in weitem Umfang auf die Darlegung von Herschel und wies in diesem Zusammenhang noch darauf hin, daß der

- § 626 Abs. 2 BGB auf ältere Gesetzesbestimmungen zurückgehe und daß der Gesetzgeber des Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes von hieraus gesehen lediglich das Recht der außerordentlichen Kündigung vereinheitlicht und die jetzt für sämtliche Arbeitsverträge geltende Frist auf die Dauer von 2 Wochen verlängert habe.
- auch außerhalb des Geltungsbereichs der Vorschriften der GewO - die bereits eine einwöchige Ausschußfrist enthielten <sup>2</sup> - und entsprechenden Gesetzen habe in Rechtsprechung und Schrifttum nie ein Zweifel daran bestanden, daß der Kündigungsberechtigte mit der Ausübung seines Rechts nicht beliebig warten dürfe; er könne sein Recht verlieren, was je nach Lage des Falles rechtlich verschieden begründet würde <sup>3</sup>.
- schließlich eröffne das GG der rechtsprechenden Gewalt nicht die Möglichkeit, ein Gesetz unter dem Gesichtspunkt allgemeiner Gerechtigkeit zu prüfen und damit die Auffassung eines Gerichts von Gerechtigkeit an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers zu setzen. Das gelte erst recht, wenn die vermeintliche Verfassungswidrigkeit aus einer Anwendung des Gesetzes im Einzelfall hergeleitet werde, ohne den Versuch zu unternehmen, im Wege der verfassungskonformen Auslegung zu einem mit dem GG übereinstimmenden Ergebnis zu gelangen.

Unter diesem Gesichtspunkt räumt das BAG zwar ein, daß die Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 in der Tat im Einzelfall zu Unbilligkeiten und Härten führen kann; trotzdem geht es - wie im Übrigen auch die h.M. in der Literatur <sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> vgl. dazu BAG vom 28.10.1971 - 2 AZR 32/71 AP Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschußfrist im Leitsatz unter 1.

<sup>2</sup> vgl. die früheren Vorschriften der §§ 123 Abs. 2 und 124 Abs. 2 GewO, die durch das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14.8.1969 (BGBI I, S. 1106) aufgehoben wurden.

<sup>3</sup> vgl. dazu BAG vom 28.10.1971 - 2 AZR 32/71 aaO Bl. 2 V.

<sup>4</sup> vgl. dazu etwa Herschel a.a.O.; Brill, Die Zwei-Wochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB n.F. für die außerordentliche Kündigung, AuR 71,167; Dierichs in AR-Blattei D, Kündigung VIII 1; Güntner, Kündigungsgebot und -verbot des § 626 Abs. 2 BGB, BB 73,1496; Grunsky, Anm zu BAG AP Nr. 2 zu § 626 BGB Ausschußfrist; Söllner, Anm zu BAG AP Nr. 3 und 4 zu § 626 BGB Ausschußfrist.

- von der uneingeschränkten Anwendbarkeit der 14-Tage-Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB auf alle Fälle der außerordentlichen Kündigung aus;<sup>1</sup>.

3. Uneingeschränkte Anwendbarkeit der Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB auch auf die außerordentliche Kündigung von Arbeitsverhältnissen mit langer Bindung?

Dabei wird allerdings übersehen, daß der vom Gesetzgeber zur Rechtfertigung der Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB herangezogene und von Literatur<sup>2</sup> und Rechtsprechung<sup>3</sup> übernommene Ansatzpunkt - wonach bei einem längeren Hinauszögern der Kündigung nach dem Bekanntwerden der Kündigungsgründe die für die sofortige Lösung eines Arbeitsverhältnisses erforderliche Unzumutbarkeit der Fortsetzung kaum angenommen werden kann - eine generelle Anwendung dieser Frist auf alle Fälle der außerordentlichen Kündigung nicht abdeckt; vielmehr trifft die in § 626 Abs. 2 BGB enthaltene unwiderlegliche Vermutung<sup>4</sup> nur im zahlenmäßig zwar bei weitem überwiegenden Teil der Fälle der außerordentlichen Kündigung, der fristlosen Kündigung wegen schuldhafter Pflichtverletzung zu, nicht jedoch bei außerordentlichen Kündigungen aus objektiven, in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen<sup>5</sup>.

a) Zumutbarkeit und Ausschlußfrist in den Fällen der schuldhaften Pflichtverletzung

Der Grund dafür ist, daß in den Fällen der fristlosen Kündigung wegen schuldhafter Pflichtverletzung im Unter-

---

<sup>1</sup> vgl. dazu BAG vom 28.10.1971 - 2 AZR 32/71 a.d.O., sowie neuerdings vom 9.3.1978 - 2 AZR 529/76, NJW 78, 2168.

<sup>2</sup> vgl. dazu etwa Herschel a.d.O.

<sup>3</sup> vgl. dazu etwa BAG vom 28.10.1972 - 2 AZR 32/71 a.d.O.

<sup>4</sup> vgl. dazu BAG vom 17.8.1972 - 2 AZR 357/71 a.d.O. B1. 5 R 3 und vom 12.4.1978 - 4 AZR 580/76 AP Nr. 13 zu § 626 BGB Ausschlußfrist B1. 2 R 2. Abschnitt.

<sup>5</sup> vgl. dazu oben B II 2b.

schied zu den Fällen der außerordentlichen Kündigung aus personen- bzw. betriebsbedingten Gründen eine direkte Korrespondenz zwischen der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB und dem Vorliegen eines wichtigen Grundes besteht.

aa) Fälle mit 14-tägiger oder kürzerer Kündigungsfrist

Am deutlichsten wird dies in den Fällen, in denen das Arbeitsverhältnis mit 14-tägiger Frist gekündigt werden kann: Wenn der Betrieb in einem solchen Fall - etwa nach einer Arbeitsverweigerung - die 14-Tage-Frist des § 626 Abs. 2 BGB verstreichen läßt, ohne entsprechend auf diese schuldhaftige Pflichtverletzung zu reagieren, dann läßt es sich mit diesem Verhalten nicht vereinbaren, daß er sich nach Ablauf dieser Frist auf den Standpunkt stellt, ihm sei wegen dieses Pflichtenverstößes die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zuzumuten; - denn diese Position würde im Widerspruch zu seinem vorausgegangenen Verhalten stehen. Damit kommt in diesen Fällen aber gleichzeitig der Gedanke der Verwirkung zum tragen <sup>1</sup>, der letztlich auf einem Verbot widersprüchlichen Verhaltens beruht <sup>2</sup>.

bb) Unwiderlegliche Vermutung und Verwirkung im Falle längerer Fristen

In den Fällen schuldhafter Pflichtverletzung, in denen auf Seiten des Arbeitnehmers längere Kündigungsfristen bestehen oder etwa die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung überhaupt ausgeschlossen ist, ändert sich im Grunde nichts an dieser Situation: Denn - wie oben im einzelnen dargestellt <sup>3</sup> - spielt die Dauer der Bindung

<sup>1</sup> vgl. dazu etwa BAG vom 8.6.1972 - 2 AZR 336/71 BAGE 24/292 ff (295) wonach die gesetzliche Ausschußfrist sachlich den Tatbestand einer Verwirkung des wichtigen Grundes aus Gründen des reinen Zeitablaufs enthält.

<sup>2</sup> vgl. dazu etwa Palandt, § 242 9d cc mit Hinweis auf BAG E 6,168.

<sup>3</sup> vgl. B II 2 a.

in den Fällen der schuldhaften Pflichtverletzung für die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nur eine unerhebliche Rolle; - entscheidend für das Vorliegen eines wichtigen Grundes in diesen Fällen ist vielmehr die Schwere des Pflichtenverstoßes: Denn entweder ist bspw. eine Arbeitsverweigerung als eine endgültige Weigerung aufzufassen oder ein Diebstahl von Betriebseigentum von solchem Gewicht, daß im Grunde ein weiteres Verbleiben des Arbeitnehmers im Betrieb untragbar ist; dann ist dem Betrieb auch eine nur kurzzeitige Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar <sup>1</sup>. Oder es handelt sich um einen weniger schwerwiegenden Verstoß; dann liegt in der Fortführung des Arbeitsverhältnisses für eine längere Dauer keine besondere zusätzliche Belastung, weil die Möglichkeit des Leistungsaustausches von einer vorausgegangenen Pflichtverletzung normalerweise unberührt bleibt.

Somit besteht auch in diesen Fällen eine direkte Beziehung zwischen dem Interesse des Betriebes an einer möglichst raschen Auflösung des Arbeitsverhältnisses und dem Gewicht des Kündigungsgrundes.

Deshalb darf man - wenn in einem solchen Fall der Betroffene nicht unverzüglich zur Kündigung schreitet - tatsächlich darauf schließen, daß er den Tatbestand, der nunmehr die außerordentliche Kündigung rechtfertigen soll, mindestens zunächst als nicht so schwerwiegend empfunden hat, um deshalb der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ein jähes Ende bereiten zu müssen <sup>2</sup>.

Aus diesem Grunde legt das Verstreichenlassen der 14-Tage-Frist in diesen Fällen sowieso den Schluß daraufhin nahe, daß ein schuldhafter Pflichtenverstoß kein Grund für eine fristlose Kündigung ist. Damit entspricht

---

<sup>1</sup> Interessant in diesem Zusammenhang ist, daß die fristlose Kündigung früher teilweise auch als "sofortige" Kündigung bezeichnet wurde - vgl. dazu etwa Hueck-Nipperdey, Band I § 59 IV 1 S. 590.

<sup>2</sup> vgl. Herschel, aaO, S. 258.

die in § 626 Abs. 2 BGB aufgestellte unwiderlegliche gesetzliche Vermutung<sup>1</sup> ebenso weitgehend allgemeinen Überlegungen wie der darin sachlich enthaltene Tatbestand einer Verwirkung des wichtigen Kündigungsgrundes aus Gründen des reinen Zeitablaufs<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu BAG vom 17.8.1972 - 2 AZR 359/71 aaO.BI. 5 R,3, Abschnitt mit Hinweis auf BAG vom 8.6.1972 - 2 AZR 336/71 AP Nr. 1 zu § 13 KSchG 69,

<sup>2</sup> vgl. dazu BAG vom 17.8.1972 - 2 AZR 359/71 aaO.BI. 5 R,3, Abschnitt mit Hinweis auf BAG vom 8.6.1972 - 2 AZR 336/71 AP Nr. 1 zu § 13 KSchG 69. Insoweit hat der Gesetzgeber mit dieser Ausschlußfrist nur eine feste Kontur in den weiten Bereich der Zumutbarkeitsprüfung eingezeichnet und sich dabei eines Mittels bedient, das bereits in den Vorschriften der §§ 123, 124 GewO zur Abgrenzung von Gründen für die fristlose Entlassung und der ordentlichen Kündigung diente - vgl. dazu BAG vom 28.10.71 - 2 AZR 32/71 aaO BI. 2 V,2. und 3. Abschnitt -. Im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des Ersten Arbeitsrechtsvereinigungsgesetzes bestand dazu allerdings ein besonderer Anlaß: Dies deswegen, weil der Gesetzgeber die bisherigen Vorschriften für die außerordentliche Kündigung, die zum Teil enumerative bzw. beispielhafte Aufstellungen von Kündigungsgründen enthielten, aufhob und das gesamte Recht der außerordentlichen Kündigung in der Generalklausel des § 626 Abs. 1 BGB vereinheitlichte; - vgl. dazu Esser, Grunds. und Norm, S. 150 f, der darauf hinweist, daß in der Kodifikation einer Rechtsmaterie in Form einer Generalklausel im Grunde die Überlassung der Normgestaltung an den Richter liegt: Erst die Kasuistik teilt uns mit, was rechtens ist; - ähnlich Lorenz, Methodenlehre insbesondere, S. 139 f -; deshalb entsprach es gerade bei der Vereinheitlichung des Rechts der außerordentlichen Kündigung im Rahmen des Ersten Arbeitsrechtsvereinigungsgesetzes einem besonderen Bedürfnis, den weiten Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung wenigstens von einer Seite her durch die generelle Aussage zu begrenzen, daß ein Kündigungsgrund, " ... mag er auch zunächst eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt haben, durch Ablauf der 2-Wochen-Frist die eine solche Maßnahme motivierende Kraft verloren habe..."; vgl. auch BAG vom 8.6.1972 - 2 AZR 336/71 aaO S. 295 wo unter Berufung auf RAG ARS 6,345 ausgeführt wird, " ... indem danach jedem Arbeitgeber zugemutet wird, das Arbeitsverhältnis ungeachtet aller möglichen Schwere der für eine fristlose Kündigung sprechenden Tatsachen fortzusetzen, erklärt § 626 Abs. 2 BGB zugleich die sonst nach § 626 Abs. 1 BGB erforderliche spezielle Zumutbarkeitsprüfung für entbehrlich; die Frage der Zumutbarkeit wird, anders formuliert, im Falle der Versäumung der 2-Wochen-Frist von vornherein zu ungunsten der kündigenden Seite entschieden".

Deshalb war in den Fällen der fristlosen Kündigung wegen schuldhafter Pflichtverletzung die Rechtslage im Grunde keine andere, bevor der jetzige § 626 Abs. 2 BGB durch das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz<sup>1</sup> geschaffen wurde: Auch nach der früheren Rechtslage, welche die Kündigung aus wichtigem Grunde nicht nach Ablauf einer bestimmten Frist ausschloß, konnte ein verspätet vorgebrachter wichtiger Kündigungsgrund aus allgemeinen rechtlichen Gesichtspunkten - insbesondere wegen Verwirkung - unbeachtet bleiben<sup>2</sup>.

- b) Zumutbarkeit und Ausschußfrist in den Fällen der außerordentlichen Kündigung wegen objektiven in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegender Gründe
- 

Eine andere Situation besteht allerdings in den Fällen, in denen sich die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses aus objektiven in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen ergibt.

In diesen Fällen besteht - wie etwa im Fall einer sich über Jahre hinziehenden Krankheit des Arbeitnehmers - von der Sache her kein besonderes Bedürfnis an einer sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses<sup>3</sup>. Dies, obwohl auf der anderen Seite mit der Fortsetzung dieses Arbeitsverhältnisses auf Dauer eine größere Belastung verbunden sein kann<sup>4</sup>, als wenn im Falle einer schuldhaften Pflichtverletzung - etwa wegen einer beleidigenden Äußerung gegenüber einem Vorgesetzten - trotz Vorliegen

---

<sup>1</sup> vom 14.8.1969 (BGBI I S. 1106).

<sup>2</sup> vgl. dazu BAG vom 8.6.1972 - AZR 336/71 aaO S. 294 f. Dabei kann offenbleiben, ob die Frist von 2 Wochen der Weisheit letzter Schluß ist; denn abgesehen davon, daß generell mit der Bestimmung rechtserheblicher Pflichten niemals die für jeden Sachverhalt ideale Lösung getroffen werden kann (so ausdrücklich BAG vom 28.10.71 - 2 AZR 32/71 aaO, Bl. 2 R 3, Abschnitt), kommt es hier für die Bestimmung des Anwendungsbereichs des § 626 Abs. 2 BGB nur darauf an, in welchen Fällen überhaupt ein Zusammenhang zwischen dem Bedürfnis nach einer schnellen Reaktion und dem Gewicht des Kündigungsgrundes besteht.

<sup>3</sup> vgl. dazu oben B II 2b sowie unten C 1.

<sup>4</sup> vgl. dazu unten C II 2b.

eines wichtigen Grundes von einer fristlosen Kündigung abgesehen wird <sup>1</sup>.

Aus diesem Grunde fehlt in diesen Fällen die Korrespondenz zwischen dem Gewicht des Kündigungsgrundes und dem Interesse des Betriebes an einer sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses: Die Tatsache, daß der Betrieb nach Kenntnis des Kündigungsgrundes - z.B. Krankheit - die 14-Tage-Frist hat verstreichen lassen, ist nicht geeignet, etwas über die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf Dauer auszusagen: Sie läßt keinen Schluß auf das Gewicht der Interessen des Betriebes an einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu; deshalb treffen die Argumente, der § 626 Abs. 2 BGB stelle nichts anderes dar, als eine Aktualisierung des Zumutbarkeitsprinzips <sup>2</sup> und die Rechtslage sei im Grunde keine andere gewesen, bevor der jetzige § 626 Abs. 2 BGB geschaffen wurde <sup>3</sup>, die zur Rechtfertigung der 14-Tage-Ausschlußfrist gegenüber Küchenhoffs Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift herangezogen wurden, auf diese Fälle der außerordentlichen Kündigung nicht zu: - Die Reaktion des Kündigenden - wenn er etwa im Falle von Betriebsstillegung oder dauerhaft stark reduzierter Arbeitsunfähigkeit nicht sofort zur Kündigung geschritten ist - läßt keinen Schluß darauf zu, daß er den Tatbestand, der nunmehr die außerordentliche Kündigung rechtfertigen soll, mindestens zunächst nicht als so schwerwiegend empfunden hat, um deshalb der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ein so jähes Ende bereiten zu müssen <sup>4</sup>.

Ebensowenig verhält sich ein Betrieb widersprüchlich, wenn

---

<sup>1</sup> vgl. dazu etwa Weng, Außerordentliche Kündigung von Arbeitsverhältnissen mit langer Bindung, DB 78,676 (677).

<sup>2</sup> vgl. Herschel, aaO S. 260 unter V 1.

<sup>3</sup> vgl. dazu BAG vom 8.6.1971 -2 AZR 336/71 aaO, S. 294/295.

<sup>4</sup> so aber die allgemeine Aussage von Herschel, aaO, S. 258 unter 4a.

er - etwa im Falle einer sich über Jahre hinausziehenden Krankheit eines Arbeitnehmers, mit dessen Einsatzfähigkeit auch in absehbarer Zeit nicht gerechnet werden kann - erst noch einmal einen längeren Zeitraum abwarten und dadurch dem Arbeitnehmer bspw. noch für ein Jahr die - vom medizinischen Standpunkt - geringe Chance erhalten will, an seinen Arbeitsplatz zurückzukehren.

Damit trifft in diesen Fällen jedoch der - die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB - letztlich tragende Gedanke der Verwirkung<sup>1</sup> ebensowenig zu, wie die in § 626 Abs. 2 BGB liegende unwiderlegliche gesetzliche Vermutung<sup>2</sup>, daß bei einer längeren Hinauszögerung der Kündigung ein wichtiger Grund kaum angenommen werden kann<sup>3</sup>.

Das gleiche gilt für die Überlegungen, daß aus Gründen der Ordnung des Betriebes und des Betriebsfriedens sowie der Rechtssicherheit - also aus kollektiven ebenso wie aus individuellen Gesichtspunkten - eine längere Ungewißheit über das Schicksal des Arbeitsverhältnisses nicht hingenommen werden könne<sup>4</sup>.

Diese Überlegungen haben insbesondere mit Rücksicht auf das sozial unerwünschte Ergebnis, daß der Kündigungsberechtigte sich den Kündigungsgrund "aufsparen kann", um den Vertragsgegner unter einen gewissen Druck zu setzen<sup>5</sup>, ihre Berechtigung bei fristlosen Kündigungen wegen schuldhaften Pflichtverletzungen, nicht jedoch bei außerordentlichen Kündigungen wegen objektiven, in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen;

---

<sup>1</sup> vgl. dazu BAG vom 8.6.1972 - 2 AZR 336/71 aaO, S. 295 und vom 17.8.1972 - 2 AZR 359/71 aaO, Bl. 5 R, 3. Abschnitt, sowie Schaub, § 125 IV 4. S. 675.

<sup>2</sup> vgl. dazu BAG vom 8.6.1972 - 2 AZR 336/71 aaO, S. 295 und ihm folgend die HM in der Literatur - vgl. etwa Hölters, Anm zu BAG AP Nr. 5 zu § 626 BGB Ausschlußfrist Bl. 5 R.

<sup>3</sup> vgl. dazu Begründung des Regierungsentwurfs Abschnitt II zu Art. 2 Nr. 6, BT-Drucksache V, 3913.

<sup>4</sup> vgl. dazu Herschel, aaO, S. 258 unter II, 1. und 2. sowie BAG vom 28.10.71 - 2 AZR 32/71 aaO, Bl. 2 unten u.R

<sup>5</sup> vgl. dazu BAG vom 28.20.1971 - 2 AZR 32/71 aaO, Bl. 2 R mit Hinweis auf Herschel, aaO, S. 258 unter II 3., der in diesem Zusammenhang von "power-play" spricht.

- aa) Konsequenz der Ausschußfrist in den Fällen der außerordentlichen Kündigung aus objektiven, in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen
- 

Vielmehr würde die 14-Tage-Frist des § 626 Abs. 2 BGB - weil sich in diesen Fällen die Entwicklungen normalerweise in viel längeren Zeiträumen vollziehen - praktisch dazu führen, daß aus objektiven, in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen eine außerordentliche Kündigung gar nicht mehr möglich wäre.

So etwa in den Fällen der außerordentlichen Kündigung langfristiger Arbeitsverhältnisse wegen Betriebsstilllegung oder Krankheit, in denen sich die Kenntniserlangung der für die außerordentliche Kündigung letztlich maßgebenden Gründe - wie etwa starker Umsatzrückgang, Verschlechterung der Wettbewerbssituation oder eine bereits mehr als zwei Jahre dauernde ununterbrochene Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit - nicht in den Rahmen einer 14-tägigen Ausschußfrist pressen lassen <sup>1</sup>.

- bb) Beginn des Laufs der Ausschußfrist

Rechtsprechung <sup>2</sup> und h.M. <sup>3</sup> in der Literatur versuchen, diese zwangsläufige Folge zu umgehen und dadurch an der -

---

<sup>1</sup> Das Problem der Ausschußfrist in § 626 Abs. 2 BGB in den Fällen der außerordentlichen Kündigung wegen Krankheit sieht auch Herschel, aaO S. 260; sein Lösungsansatz für diese Fälle besteht allerdings darin, daß der Arbeitgeber bei Kündigung wegen Krankheit des Arbeitnehmers die Frist "meist" nicht versäumen wird, wenn er zunächst den Erfolg der ärztlichen Behandlung oder einer Kur abwartet. Solche Auslegung sei schon deshalb notwendig, um zu verhindern, daß sich der Kündigende bei seinem Entschluß zu hektischer Eile angetrieben fühlt; - gerade dieser Lösungsansatz ist aber wegen der Unbestimmtheit des Fristbeginns mit dem Gedanken der Rechtssicherheit unter dem Aspekt der Anforderungen eines sozialen Rechtsstaates, die Herschel vorher - S. 258 unter 2. - für seine Meinung in Anspruch nimmt, gerade nicht zu vereinbaren.

<sup>2</sup> vgl. dazu BAG vom 25.3.1976 - 2 AZR 127/75 a.a.O.

<sup>3</sup> vgl. dazu Herschel, a.a.O.

unumschränkten Anwendung der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB auch auf die Fälle der außerordentlichen Kündigung aus objektiven, in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen festhalten zu können, daß sie den Beginn der 14-Tage-Frist so weit hinausschieben, daß die außerordentliche Kündigung auch aus diesen Gründen möglich bleibt. So etwa, wenn in einer Entscheidung über eine außerordentliche Kündigung aus betriebsbedingten Gründen ausgeführt wird, die

Ausschußfrist beginne nicht schon in dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber die Entscheidung treffe, den Betrieb einzuschränken und Betriebsteile aufzulösen. Die bei einer solchen Unternehmerentscheidung für den Beginn der Ausschußfrist maßgebenden Tatsachen seien dem Arbeitgeber in der Regel viel mehr erst dann bekannt, wenn feststehe, welche bestimmten Arbeitnehmer nicht mehr zu den bisherigen Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigt werden könnten <sup>1</sup>.

Da in einem solchen Fall der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB zugrundeliegende Tatbestand der Verwirkung <sup>2</sup> von der tatsächlichen Situation her nicht gegeben ist - vom Erkennen der Notwendigkeit einschränkender Maßnahmen und ihrer Durchführung vergehen normalerweise mehr als 14 Tage -, wirkt die Lösung des BAG von vornherein konstruiert.

Entscheidend aber ist, daß dadurch, daß man den Beginn der Frist von einer Entscheidung des Arbeitgebers abhängig macht, ein voluntatives Element in die Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB einfließt und daß dies weder mit dem objektiven Charakter noch mit dem Wortlaut dieser Vorschrift zu vereinbaren ist:

Wenn die Frist des § 626 Abs. 2 BGB mit dem Zeitpunkt beginnt, "... in dem der Kündigungsberechtigte von den für

---

<sup>1</sup> vgl. dazu BAG vom 25.3.1976 - 2 AZR 127/75 AP Nr. 10 zu § 626 BGB Ausschußfrist.

<sup>2</sup> vgl. dazu BAG vom 17.8.1972 - 2 AZR 359/71 a.a.O., B1. 5 R, 3. Abschnitt, wo in diesem Zusammenhang auch auf die von der Ausschußfrist ausgehende gesetzliche Vermutung abgestellt wird, daß auch ein möglicherweise erheblicher wichtiger Grund nach dem Ablauf der Frist seine, die Kündigung rechtfertigende Bedeutung, verloren habe.

die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt ...", wird damit allein auf das Erkennen eines Sachverhalts - also auf das kognitive Element - abgestellt. Der Beginn der Frist darf dann nicht vom Willensentschluß des Kündigenden beeinflusst werden können. Vielmehr soll die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB ja gerade diesen Entschluß innerhalb von 14 Tagen herbeiführen.

Denn sonst hätte es der Kündigende - etwa bei beabsichtigten außerordentlichen Kündigungen aus betriebsbedingten Gründen -, durch Hinauszögern der Entscheidung, welche konkreten Arbeitsplätze in Wegfall gebracht werden und welche Mitarbeiter im einzelnen davon betroffen sind, in der Hand, den Zeitraum des Beginns und dadurch die Frist überhaupt nach seinem Belieben zu bestimmen.

Gleichzeitig wäre eine erhebliche Rechtsunsicherheit <sup>1</sup> damit verbunden, wenn in den Fristbeginn sowohl objektive wie auch subjektive Momente in der Person des Kündigenden einfließen würden <sup>2</sup>.

cc) Beschränkung der Ausschußfrist auf die Fälle der fristlosen Kündigung wegen schuldhafter Pflichtverletzung

---

Deshalb kann das Problem, das bei außerordentlichen betriebsbedingten Kündigungen im Zusammenhang mit der 14-

---

<sup>1</sup> Gerade das Argument der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit diene aber in anderem Zusammenhang zur Rechtfertigung der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB; vgl. dazu etwa Herschel, a.a.O. S. 258.

<sup>2</sup> Die gleiche Situation besteht im Grunde bei außerordentlichen Kündigungen wegen Krankheit: Durch Einholung eines neuen ärztlichen Attests besteht praktisch immer die Möglichkeit, die Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB neu beginnen und damit leerlaufen zu lassen.

Tage-Frist des § 626 Abs. 1 BGB auftritt, nicht dadurch gelöst werden, daß man den Fristbeginn von den - der Kündigung zugrundeliegenden Tatsachen abkoppelt - und von Entscheidungen des Arbeitgebers abhängig macht.

Dann bleibt aber zur Aufrechterhaltung der Möglichkeit, überhaupt noch aus objektiven, in der Person des Arbeitnehmers bzw. aus betriebsbedingten Gründen kündigen zu können, nur noch die Möglichkeit, diese Fälle der außerordentlichen Kündigung aus dem Anwendungsbereich des § 626 Abs. 1 BGB herauszunehmen <sup>1</sup>.

Das bedeutet aber, den zu weit gefaßten Anwendungsbereich des § 626 Abs. 2 BGB auf die Fälle zu beschränken, in denen der Gedanke der Verwirkung tatsächlich zutrifft.

Diese Lösung deckt sich mit dem Willen des Gesetzgebers, dem - wie sich aus der Begründung des Regierungsentwurfs ergibt <sup>2</sup> - die Regelung des § 626 Abs. 2 insbesondere aus dem Grunde gerechtfertigt erschien,

- "... weil bei einer längeren Hinauszögerung der Kündigung nach der Kenntniserlangung von dem Kündigungsgrund die für die sofortige Lösung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Unzumutbarkeit seiner Fortsetzung kaum angenommen werden kann ..." -

Gerade an dieser Begründung aber wird deutlich, daß der Gesetzgeber die besondere Situation der außerordentlichen Kündigung langfristiger Arbeitsverhältnisse aus objektiven, in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen gar nicht gesehen, sondern sich in der Vorstellung befunden hat, in allen Fällen der außerordentlichen Kündigung bestehe eine Korrespondenz zwischen dem Bedürfnis an einer raschen Beendigung des Arbeitsverhältnisses

---

<sup>1</sup> vgl. dazu BT-Drucksache V, 3913 S. 11 zu Art. 2 Nr. 6.

nisses und dem Gewicht des Kündigungsgrundes<sup>1</sup>, und daß er daran die Berechtigung der Ausschußfrist geknüpft hat.

Damit liegen aber vom erkennbaren Willen des Gesetzgebers ebenso wie von der objektiven Rechtslage die Voraussetzungen dafür vor, den Anwendungsbereich des § 626 Abs. 2 BGB im Wege der teleologischen Reduktion<sup>2</sup> auf die Fälle zu beschränken, in denen tatsächlich eine Korrespondenz zwischen dem Bedürfnis nach einer schnellen Reaktion und dem Vorliegen eines wichtigen Grundes besteht: Also auf den bei weitem überwiegenden Teil der außerordentlichen Kündigung, auf die Fälle der fristlosen Kündigung wegen schuldhafter Pflichtverletzung<sup>3</sup>.

Nur dadurch wird im übrigen gewährleistet, daß der Betrieb in den Fällen von personen- bzw. betriebsbedingten Gründen ausreichend Zeit zur Prüfung hat, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen ihm die Fortführung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist und eine sorgfältige - von der Fürsorgepflicht getragene - und längere Prüfung nicht zu lasten des Betriebes geht<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu insbesondere die Ausführungen unter C 1,2 und 3 sowie C I.

<sup>2</sup> vgl. dazu Larenz, Methodenlehre, S. 369 unter d, wonach eine verdeckte Gesetzeslücke dann besteht, wenn eine Gesetzesregel gem. der ihr immanenten Teleologie einer Einschränkung bedarf, die das Gesetz vermissen läßt. Die "Ausfüllung der Lücke" geschieht durch Hinzufügung der sinngemäß geforderten Einschränkung.

<sup>3</sup> Im Ergebnis ähnlich Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 125 IV 4, S. 675, wo es heißt: "... wird die Kündigung auf einen dauernden Zustand gestützt, so beginnt sie (die Ausschußfrist) mit der Beendigung des Zustands...". - Ebenso Dierichs, AR-Blattei VIII 1. Ausschußfrist.

<sup>4</sup> vgl. dazu BAG vom 25.3.1976 - 2 AZR 127/75 a.a.O., Bl. 1 R unten, die Revisionsbegründung; - ebenso Küchenhoff AuR 71,1 ff (insbesondere unter II 1c und 2c) - mit dem Hinweis darauf, daß die rigorose Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB mithin gegen menschliche Würde und Freiheiten verstoße und zugleich in höchstem Maße unsozial sei.

4. Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB - Verallgemeinerung des Rechtsgedankens der früheren §§ 123 Abs. 2, 124 Abs. 2 GewO

---

Dem kann nicht entgegengehalten werden, § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB gehe auf ältere Gesetzesbestimmungen zurück, insbesondere auf §§ 123 Abs. 2 und 124 Abs. 2 GewO bzw. entsprechende Vorschriften in den Berggesetzen mit nur einer einwöchigen Ausschußfrist, die sich - soweit ersichtlich - in der Praxis bewährt hätten und in manche Tarifverträge übernommen worden seien<sup>1</sup>. § 626 Abs. 2 BGB verallgemeinere nur den in diesen Vorschriften enthaltenen Rechtsgedanken<sup>2</sup>.

Denn dabei wird übersehen, daß gerade in § 123 Abs. 2 GewO zwischen fristloser Kündigung aufgrund schuldhafter Pflichtverletzungen und objektiven in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen differenziert wurde:

Gemäß § 123 Abs. 2 GewO galt die einwöchige Ausschußfrist nur für die in Ziffern 1 - 7 des § 123 Abs. 1 GewO aufgeführten Kündigungsgründe, die ausschließlich schuldhaftes Pflichtverletzungen enthielten, während sie auf die in Ziff. 8 enthaltenen personenbedingten Gründen - anhaltende und ansteckende Krankheit - ausdrücklich keine Anwendung fand.

Wenn der Gesetzgeber somit also bei der Einführung der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB eine Verallgemeinerung des in § 123 Abs. 2 GewO enthaltenen Rechtsgedanken gesehen hat, dann bedeutet dies gleichzeitig, daß er eine bereits vorhandene Differenzierung in ihrer Bedeutung nicht berücksichtigt und deshalb - von diesem Ausgangs-

---

<sup>1</sup> vgl. BAG vom 28.10.1971 - 2 AZR 32/71 aaO B1. 2 V 3, Abschnitt.

<sup>2</sup> vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs in Abschnitt II zu Art. 2 Nr. 6, BT-Drucksache V, 3913, sowie den Hinweis in BAG vom 17.8.1972 - 2 AZR 359/71 aaO B1. 5 R unten.

punkt aus - in unzutreffender Weise generalisiert hat<sup>1</sup>.

Aus diesem Grunde spricht der Hinweis auf die früheren Vorschriften der §§ 123 Abs. 2 bzw. 124 Abs. 2 GewO nicht gegen, sondern vielmehr für eine Beschränkung des Geltungsbereichs der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 auf die Fälle der fristlosen Kündigung wegen schuldhafter Pflichtverletzung.

#### 5. Zusammenfassende Feststellungen

Die Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB paßt offensichtlich nicht für alle Fälle der außerordentlichen Kündigung: Insbesondere bei Kündigungen langfristiger Arbeitsverhältnisse aus objektiven in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen lassen sich die Umstände, die zur Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses führen, regelmäßig nicht in die 14-Tage-Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB pressen.

Die uneingeschränkte Anwendung der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB auf alle Fälle der außerordentlichen Kündigung würde vielmehr dazu führen, daß Arbeitsverhältnisse mit langer Bindung aus diesen Gründen praktisch überhaupt nicht mehr gekündigt werden könnten.

Das BAG und die h.M. in der Literatur versuchen, diese Konsequenz dadurch zu umgehen, daß sie den Fristbeginn soweit hinausschieben - bei betriebsbedingten außerordentlichen Kündigungen etwa bis der Arbeitgeber die Entscheidung getroffen hat, welche konkreten Arbeitnehmer vom Wegfall der Arbeitsplätze betroffen sind -, daß die außerordentliche Kündigung möglich bleibt.

Dadurch machen Rechtsprechung und h.M. in der Literatur den Fristbeginn jedoch vom Willen des Kündigenden abhängig.

---

<sup>1</sup> Dies scheint auch Hueck - vgl. KSchG 7. Auflage III f. bb S. 26 - zu sehen, der - worauf das BAG in seiner Entscheidung vom 17.8.1972 - 2 AZR 359/71 a.a.O. Bl. 6 V oben hinweist - in diesem Zusammenhang allerdings die Ansicht vertritt, daß die Frist des § 626 Abs. 2 BGB zwar an die früheren §§ 123, 124 GewO erinnere, gleichwohl aber nicht allein deswegen in ihrer sachlichen Bedeutung mit früheren Bestimmungen der GewO auf eine Stufe gestellt werden könne, weil sie eine weitreichende Geltung für jeden wichtigen Grund habe.

Aus diesem Grunde ist diese mit dem rein auf das kognitive Moment der Kenntnisnahme abstellenden Wortlaut des § 626 Abs. 2 BGB ebenso wenig zu vereinbaren wie mit dem Postulat der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit und dem Zweck der Ausschußfrist, möglichst rasch eine Entscheidung herbeizuführen.

Damit bleibt nur noch die Möglichkeit, den Anwendungsbereich des § 626 Abs. 2 BGB auf die Fälle zu beschränken, in denen tatsächlich eine Korrespondenz zwischen dem Gewicht des Kündigungsgrundes und der Notwendigkeit einer raschen Beendigung besteht: Im wesentlichen also auf die Fälle der fristlosen Kündigung wegen schuldhafter Pflichtverletzung; - bei außerordentlichen Kündigungen aus objektiven, in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen trifft dagegen der dem § 626 Abs. 2 BGB zugrundeliegende Gedanke der Verwirkung und die in ihm enthaltene unwiderlegliche gesetzliche Vermutung nicht zu: Wenn die Kündigung nicht innerhalb von 14 Tagen nach dem Bekanntwerden des Kündigungsgrundes - etwa langanhaltende Krankheit, Umsatzrückgang usw. - ausgesprochen wird, ist damit nicht über das Gewicht des Kündigungsgrundes gesagt.

Aus diesem Grunde ist der Anwendungsbereich des § 626 Abs. 2 BGB im Wege der teleologischen Reduktion auf die Fälle zu beschränken, in denen die Fortführung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar ist, im Grunde also auf die Fälle der fristlosen Kündigung wegen schuldhafter Pflichtverletzung.

Die damit verbundene Ausklammerung der Fälle aus dem Anwendungsbereich des § 626 Abs. 2 BGB, in denen sich der wichtige Grund erst aus der über die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist hinausgehenden Bindung ergibt, stellt im Grunde die Weiterentwicklung einer Differenzierung dar, die bereits im früheren § 123 GewO im Ansatz vorhanden war.

#### IV 4. Abschnitt

---

##### Der wichtige Grund bei der außerordentlichen Änderungskündigung

---

##### Vorbemerkung

Wie oben - im 2. und 3. Abschnitt dargestellt - können gerade in der Person des Arbeitnehmers oder im Bereich des Betriebes Veränderungen eintreten, die eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses auf Dauer erheblich erschweren. In einem Teil dieser Fälle wäre dem Betrieb die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter geänderten Vertragsbedingungen durchaus zumutbar<sup>1</sup>; dann stellt sich die Frage nach der Möglichkeit einer Änderungskündigung.

Die mit der Änderungskündigung zusammenhängenden Probleme haben durch die 1973 in der privaten Wirtschaft einsetzende und rasch zunehmende Tarifvertragspraxis, ältere Arbeitnehmer unkündbar zu stellen, neu an Bedeutung gewonnen; - insbesondere was die außerordentliche Änderungskündigung anbelangt<sup>2</sup>.

Das Problem dabei ist nicht die Frage, ob die Änderungskündigung als auch außerordentliche Kündigung erklärt werden kann. Über die Zulässigkeit der außeror-

---

<sup>1</sup> Interessant in diesem Zusammenhang ist, daß in den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes - im BAT ebenso wie im MTB-II, MTL-II und im BMT-G II - jeweils bei "unkündbaren" Arbeitnehmern die Möglichkeit einer Änderungskündigung vorgesehen ist.

<sup>2</sup> vgl. dazu Löwisch und Knigge, I. Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 626 BGB Änderungskündigung, die auch noch darauf hinweisen, daß der Arbeitgeber auf diese Möglichkeit, die Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer zu ändern, vor allem dann zurückgreifen können muß, wenn er zur ordentlichen Kündigung gar nicht befugt ist; - vgl. auch die oben A I 2 b (II) d aufgeführten Tarifverträge der Metallindustrie etwa in Hamburg, Bremen, Rheinland-Pfalz usw., die gerade mit Rücksicht auf die sich aus der Dauer der Bindung ergebenden Belastung trotz generellen Ausschlusses der ordentlichen Kündigung - gewissermaßen als Ventil - unter bestimmten Voraussetzungen eine ordentliche Änderungskündigung zulassen.

dentlichen Änderungskündigung besteht in Rechtsprechung und Literatur weitgehend Einigkeit <sup>1</sup>. Problematisch ist vielmehr - auch noch nach Aufnahme der Änderungskündigung in verschiedene Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes <sup>2</sup> - der Prüfungsmaßstab <sup>3</sup>.

Dabei geht es um die Frage, ob Prüfungsmaßstab bei der Änderungskündigung generell die beabsichtigte Änderung und ihre Zumutbarkeit für den Arbeitnehmer ist oder ob - wenn der Arbeitnehmer das Änderungsangebot ablehnt und es für ihn dann nur noch um den Verlust des Arbeitsplatzes geht - an die Änderungskündigung der gleiche Maßstab anzulegen ist, wie an die Beendigungskündigung.

Speziell für die außerordentliche Änderungskündigung ergibt sich zusätzlich ein Problem daraus, daß das Kündigungsschutzgesetz für sie - im Unterschied zur ordentlichen Kündigung - keine Regelung bereithält, die eine - auf die Änderung beschränkte Geltendmachung der Unwirksamkeit eröffnet.

Deshalb wird die Frage nach dem Prüfungsmaßstab bei der Änderungskündigung zunächst auf die ordentliche Änderungskündigung beschränkt.

#### 1. Prüfungsmaßstab - soziale Rechtfertigung der Änderung?

---

BAG und hM in der Literatur gehen davon aus, daß bei der ordentlichen Änderungskündigung nicht über die Sozialwidrigkeit der Kündigung, sondern über die Sozialwidrig-

---

<sup>1</sup> vgl. dazu etwa BAG vom 7.6.1973 - 2 AZR 450/72 AP Nr. 1 zu § 626 BGB Änderungskündigung, sowie Löwisch und Knigge aaO.

<sup>2</sup> vgl. §§ 2, 4 Satz 2, 8 KSchG, die im Rahmen des Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes vom 25.8.1969 in das KSchG aufgenommen wurden (BGBl I, 1317).

<sup>3</sup> vgl. dazu etwa Lieb, II, Anm zu BAG AP Nr. 1 zu § 626 BGB Änderungskündigung, nach dessen Auffassung das besprochene "Grundsatz"-Urteil allenfalls als Anfang der erforderlichen Diskussion betrachtet werden kann.

keit der Änderung der Arbeitsbedingungen zu entscheiden ist <sup>1</sup>.

Begründet wird dies vor allem damit, daß

- Kündigung und Änderungsangebot - weil sie eine Einheit bilden - zusammen betrachtet werden müssen <sup>2</sup>
- es bei der Änderungskündigung nicht um Bestandsschutz, sondern um den Inhaltsschutz des Arbeitsverhältnisses gehe <sup>3</sup>
- der Prüfungsmaßstab vom Arbeitnehmer nicht nach seinem Belieben verändert werden könne <sup>4</sup>
- eine Änderung der Arbeitsbedingungen, zumal wenn sie sachlich berechtigt und für den Arbeitnehmer zumutbar sei, den Arbeitnehmer weit weniger schwer treffen würden, als die gänzliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses <sup>5</sup> und es nicht außer Betracht bleiben dürfe, daß der Arbeitgeber bemüht sei, dem Arbeitnehmer den Platz zu erhalten, wenn es für ihn zu zumutbaren Bedingungen möglich sei <sup>6</sup>.

Dem gegenüber vertritt die Gegenmeinung den Standpunkt, daß dann, wenn der Arbeitgeber gegen die Änderungskündigung mit der Kündigungsschutzklage vorgehe, keine geringeren Anforderungen an die soziale Auswahl gestellt werden dürften, als sie dem normalen Bestandskündigungsschutz entsprechen <sup>7</sup>.

Im wesentlichen wird dazu ausgeführt, daß

- der Arbeitnehmer in diesem Fall ja unweigerlich das volle Arbeitsplatzrisiko eingehe und deshalb auch

---

<sup>1</sup> vgl. dazu insbesondere BAG vom 7.6.1973 - 2 AZR 450/72 AP Nr. 1 zu § 626 BGB Änderungskündigung; Hueck, KSchG 9. Auflage, Anm 17 zu § 2 und 6. Auflage (1968) § 1 Anm 30c; Nikisch, Band I, S. 769 f; Wiedemann, RdA 1961, 1 ff (4f); Richardi ZfA 71,92 ff (95 f); Schaub, RdA 70,233 (235 f); Boetticher in Festschrift für Molitor (1962) S. 123 ff; Galperin DB 58,840; Herschel, Anm zu AP Nr. 24 § 1 KSchG.

<sup>2</sup> vgl. BAG vom 7.6.1973 aaO mit Hinweis auf Hueck, 8. Auflage § 2 Anm 10; - ebenso Galperin, DB 58,799 und 838 (840).

<sup>3</sup> vgl. BAG vom 7.6.1973 aaO, sowie insbesondere Boetticher, aaO S. 137.

<sup>4</sup> vgl. BAG vom 7.6.1973 aaO sowie Schaub, aaO S. 630.

<sup>5</sup> vgl. Hueck, KSchG, 6. Auflage § 1 Rdnr. 20b mit Hinweis auf Boetticher, aaO S. 136.

<sup>6</sup> vgl. dazu Hueck, KSchG 6. Auflage (1968) B § 1 Rdnr. 30 b.

<sup>7</sup> vgl. dazu Löwisch und Knigge, aaO, Kunze BB 71,920 sowie Lieb aaO; vgl. auch Hessel, AR-Blattei Kündigungsschutz unter III 1 sowie Auffarth-Müller KSchG § 1 Anm 56.

nicht der für ihn ungünstige mildere Maßstab angelegt werden dürfe<sup>1</sup>,

- das Wahlrecht des Arbeitnehmers zwischen der Kündigungsschutzklage und dem Weg über § 2 KSchG beeinträchtigt würde, wenn die Anforderungen an die soziale Rechtfertigung der Kündigung nur deshalb relativiert würden, weil der Arbeitgeber eine Kündigung mit einem Angebot zur Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages unter für den Arbeitnehmer ungünstigen Konditionen verbindet, Was bei Einfügung des § 2 Kündigungsschutzgesetz als Verbesserung des Kündigungsschutzgesetzes gemeint gewesen sei, würde sich damit als Benachteiligung des Arbeitnehmers auswirken, wenn dieser auf die Risikoentlastung in Bezug auf seinen Arbeitsplatz freiwillig verzichte. Eine Lockerung der Anforderungen an die soziale Rechtfertigung einer Kündigungsschutzklage gegen eine Änderung über § 2 Kündigungsschutzgesetz hinaus erscheine im Hinblick auf den Zweck des Kündigungsschutzgesetzes unzutreffend zu sein<sup>2</sup>.
- Zweck des Kündigungsschutzgesetzes sei auch die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses, so wie es durch den Einzelarbeitsvertrag ausgestaltet ist. Diesem Zweck würde es entgegenlaufen, wenn man den Prüfungsmaßstab einheitlich für die Änderungs- und die Kündigungsschutzklage handhaben würde. Dem Arbeitnehmer wäre es somit verwehrt, seine einmal erreichte Vertragsposition konsequent, also ohne Rückgriff auf die Möglichkeit des § 2 Kündigungsschutzgesetz zu verteidigen<sup>3</sup>.
- diese Auffassung verlange vom Arbeitgeber nicht mehr, als allgemein schuldrechtlichen Grundsätzen entspreche, nämlich einen geschlossenen Vertrag ohne Änderung bis zur Grenze der Zumutbarkeit einzuhalten - anders gewendet, dem Arbeitnehmer nur die Änderungen anzusehen, ohne die die Durchführung des Vertrages die Grenze der Zumutbarkeit überschreitet<sup>4</sup>.
- demgegenüber habe es der Arbeitgeber unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des BAG in der Hand, eine Kündigung, die als reine Beendigungskündigung nicht greifen könne, durch Ausgestaltung als Änderungskündigung mit Hilfe des damit anzuwendenden Milderungsmaßstabs jedenfalls dann zum Erfolg zu verhelfen, wenn der Arbeitnehmer die Änderung, zu deren Annahme er auch bei sozialer Rechtfertigung nicht verpflichtet sein soll, abgelehnt hat<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Lieb, aaO Bl. 8 R.

<sup>2</sup> vgl. dazu Löwisch und Knigge, aaO Bl. 7 V.

<sup>3</sup> vgl. dazu Löwisch und Knigge, aaO Bl. 7 V.

<sup>4</sup> vgl. dazu Löwisch und Knigge, aaO Bl. 7 V/R.

<sup>5</sup> vgl. dazu Lieb, aaO Bl. 8 R.

## 2. Ziel und Risiko bei der Änderungskündigung

Um die Frage nach dem richtigen Prüfungsmaßstab lösen zu können, ist erforderlich, auf die Grundproblematik der Änderungskündigung einzugehen: Sie wird am besten deutlich anhand der Rechtslage vor Neufassung des Kündigungsschutzgesetzes durch das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes am 25.8.1969 <sup>1</sup>, also vor der Aufnahme der Änderungskündigung in das Kündigungsschutzgesetz.

Da es damals eine besondere gesetzliche Grundlage für die Änderungskündigung nicht gab, blieb einem Arbeitnehmer - auch wenn er sich nur gegen die Änderung zur Wehr setzen wollte - nur die Möglichkeit, über § 1 Abs. 2 KSchG <sup>2</sup> die Änderungskündigung global anzugreifen, und damit automatisch den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses überhaupt aufs Spiel zu setzen <sup>3</sup>.

### a) Zwei Prüfungsmaßstäbe

Der Grund für diese unbefriedigende Situation lag darin, daß die Entwicklung des Rechtsinstituts der Änderungskündigung - die sich ohne gesetzliche Grundlage aus einem praktischen Erfordernis des Rechtsverkehrs heraus vollzogen hatte <sup>4</sup> - noch nicht abgeschlossen, sondern auf halbem Wege stehengeblieben war:

Zwar hatte die Rechtsprechung mit der Anerkennung der Änderungskündigung dem Arbeitgeber neben anderen abgestuften Einwirkungsmöglichkeiten ein weiteres Mittel in

---

<sup>1</sup> vgl. dazu BGBl I, 1106.

<sup>2</sup> vgl. BAG vom 7.6.1973, aaO.

<sup>3</sup> vgl. dazu Lieb, aaO Bl. 8 R, der in diesem Zusammenhang darauf hinweist, daß dem Arbeitnehmer deshalb nur die Wahl blieb, das Änderungsangebot des Arbeitgebers vorbehaltlos anzunehmen oder aber es abzulehnen und damit das volle Risiko eines Kündigungsschutzprozesses einzugehen.

<sup>4</sup> vgl. dazu Lieb, aaO Bl. 7 V unter 1.

die Hand gegeben <sup>1</sup>, gerade auf Veränderungen in der Person des Arbeitnehmers oder im Bereich des Betriebes angemessen zu reagieren und nicht weiter als unbedingt notwendig zum Nachteil des Arbeitnehmers in dessen Rechtssphäre eingreifen zu müssen <sup>2</sup>. Auf der anderen Seite fehlte es aber noch an einer Möglichkeit für den Arbeitnehmer, den Schutz, den die Änderungskündigung bot, auch dann für sich in Anspruch nehmen zu können, wenn er sich gegen die Änderung zur Wehr setzen wollte: In diesem Fall blieb ihm nur die Möglichkeit, das Änderungsangebot abzulehnen und damit das volle Risiko eines Kündigungs-schutzprozesses einzugehen.

Bei dieser Rechtslage war eine befriedigende Lösung der Frage nach dem richtigen Prüfungsmaßstab bei der Änderungskündigung nicht möglich:

Denn entweder hob man auf das vom Betrieb mit dem Mittel der Änderungskündigung verfolgte Ziel - die Veränderung von Arbeitsbedingungen - ab, dann konnte es nur darum gehen, ob die beabsichtigte Änderung sachlich gerechtfertigt und dem Arbeitnehmer zumutbar ist <sup>3</sup>; - oder man stellte auf das Risiko, das der Arbeitnehmer zwangsläufig eingehen mußte, wenn er sich gegen die Änderung wehren wollte - den Verlust eines Arbeitsplatzes überhaupt - in den Mittelpunkt der Überlegungen; Dann konnte es

---

<sup>1</sup> Damit folgten Literatur und Rechtsprechung dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und des geringstmöglichen Eingriffs, der auch im Arbeitsrecht etwa als ultima-ratio Prinzip bei der außerordentlichen Kündigung Eingang gefunden hat; - vgl. dazu insgesamt Kempf, DB 78,1400; sowie Zöllner, Gutachten, S. 101 ff.

<sup>2</sup> Dabei ist es ja gerade der Zweck der Änderungskündigung, dem Arbeitnehmer möglichst einen Arbeitsplatz zu erhalten, wenn er aufgrund der gegebenen Umstände an dem (bisherigen) Arbeitsplatz nicht mehr weiterbeschäftigt werden kann.

<sup>3</sup> Denn irgendwie mußte ja berücksichtigt werden, daß die vom Betrieb unmittelbar ausgelöste und beabsichtigte Rechtsfolge ja nur die Änderung von Arbeitsbedingungen war; - vgl. dazu Hueck, KSchG, 6. Auflage, 1968 § 1 Rdnr. 30b, der allerdings von der Formulierung "... bemüht ist ..." eine subjektive Komponente einführt, die hier, wo es m.E. nur um die objektive Erfassung der Auswirkungen der Änderungskündigung geht -, fehlt am Platze ist.

nicht ausreichen, daß die Änderung sachlich gerechtfertigt war. Denn damit wäre dem Arbeitnehmer der Schutz genommen worden, den ihm das Kündigungsschutzgesetz für den Bestand seines Arbeitsverhältnisses sichert<sup>1</sup>.

An dieser Gegenüberstellung wird deutlich, daß sich die gegensätzlichen Positionen innerhalb von Rechtsprechung und Literatur fast zwangsläufig aus der Unausgewogenheit von Ziel und möglicher Folge einer an § 1 Abs. 2 angebotenen Klage gegen die Unwirksamkeit der Änderungskündigung ergaben und daß man deshalb zu einem einheitlichen Prüfungsmaßstab für die Änderungskündigung nur durch Anpassung des Prozeßrisikos an das Klageziel kommen konnte<sup>2</sup>.

Praktisch bedeutet dies, dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zu geben, den Streit auch formell auf das zu beschränken, um was es ihm bei seiner Klage eigentlich geht: Auf die Berechtigung der Änderung<sup>3</sup>; - dies entsprach jedoch gleichzeitig dem Prüfungsmaßstab der herrschenden Meinung.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Löwisch und Knigge, aaO Bl. 7 V.

<sup>2</sup> Der umgekehrte Weg, also das Abstellen auf den bei der Beendigungskündigung üblichen Maßstab würde nämlich, wenn man - wie heute allgemein üblich (vgl. dazu Kempff, aaO, mwN) - die Änderungskündigung im Rahmen des ultima-ratio Gedankens als weniger einschneidendes Mittel gegenüber der Beendigungskündigung begreift - einen Widerspruch in sich beinhalten: Denn in diesem Fall würde der Betrieb, der das mildere Mittel der Änderungskündigung wählt, dadurch gleichzeitig zum Ausdruck bringen, daß eine Beendigungskündigung sachlich nicht gerechtfertigt gewesen wäre. - Dazu kommt, daß die Heranziehung des Prüfungsmaßstabes der Beendigungskündigung auf Dauer wohl zur Aushöhlung der aus einem Erfordernis des Rechtsverkehrs in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Rechtsfigur der Änderungskündigung führen würde, weil die Betriebe unter diesen Umständen dann wohl doch gleich eine Beendigungskündigung aussprechen würden.

<sup>3</sup> vgl. dazu insbes. Boetticher, aaO S. 137, wo dazu noch ausgeführt wird: "... aber die Sonderstellung der Änderungskündigung darf sich nicht darin erschöpfen, daß die Rechtfertigungslast des Arbeitgebers erleichtert wird; der Bestandsschutz, den der Arbeitnehmer genießt, muß mehr leisten: Er muß ihn davor schützen, daß er durch die Änderungskündigung in einen Prozeß gedrängt wird, den er unter dem Risiko führen muß, daß, wenn das Gericht die Änderung für gerechtfertigt erklärt, es nur noch die Wirksamkeit der Kündigung und damit den Verlust des Arbeitsplatzes bestätigen kann ..."; im Ergebnis ebenso Hueck, KSchG, 6. Auflage RdNr. 30c; Richardi, aaO, S. 94.

Dazu griff der Gesetzgeber des Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes die Konstruktionen auf, die namentlich von Boetticher<sup>1</sup> und Hueck<sup>2</sup> zur isolierten Geltendmachung der Unwirksamkeit der Änderung entwickelt worden waren und nahm sie als §§ 2, 4 Satz 2 und 8 ins Kündigungsschutzgesetz auf<sup>3</sup>.

Wenn der Gesetzgeber aber diese - von Teilen der hM getragenen - Entwicklungen, die dazu dienten, die vorher befriedigend nicht lösbare Rechtslage so zu verändern, daß jetzt eine einheitliche Überprüfung der Änderungskündigung auf der Grundlage des von der hM<sup>x</sup>Prüfungsmaßstabes tatsächlich möglich ist, im ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz ins Kündigungsschutzgesetz übernommen hat, dann ist darin gleichzeitig die allgemeine Anerkennung des von der hM vertretenen Prüfungsmaßstabes zu sehen. Dies vor allem unter dem Gesichtspunkt, daß dem Gesetzgeber die sich aus der vorher fehlenden gesetzlichen Regelung für die Änderungskündigung ergebende Problematik - wie sich allein aus dem Aufgreifen der Vorschläge von Boetticher und Hueck ergibt - bekannt war. Aus diesem Grund kann aus der gesetzlichen Regelung in § 2 KSchG auch nicht der Gegenschluß gezogen werden, das Gesetz wolle den milderen Prüfungsmaßstab nur bei der Frage der sozialen Rechtfertigung der Änderung der Arbeitsbedingungen, also dann angewendet wissen, wenn das Änderungsangebot des Arbeitgebers, wenn auch unter Vorbehalt, angenommen würde<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Boetticher, aaO S. 137, der dem Arbeitnehmer die Möglichkeit offenhalten wollte, sein Einverständnis von der Entscheidung über die Berechtigung der Änderung abhängig zu machen.

<sup>2</sup> vgl. Hueck, KSchG, 6. Auflage, aaO, der das Risiko des Arbeitsplatzverlusts dadurch zu vermeiden versuchte, daß sich der Arbeitnehmer bereit erklärt, bis zur Entscheidung über den Kündigungsschutzprozeß vorläufig zu den neuen Arbeitsbedingungen weiterzuarbeiten, sich dabei aber seine Rechte vorbehält.

<sup>3</sup> so auch Lieb, aaO Bl. 7 R.

<sup>4</sup> so aber Lieb, aaO Bl. 8 R - in diesem Fall würden wieder - wie bei Rechtslage durch das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz - die beiden Prüfungsmaßstäbe Änderung und Beendigung unvereinbar nebeneinanderstehen.

### 3. Änderungskündigung - Interessenausgleich als ein Erfordernis der Praxis

---

Wenn gegen den Prüfungsmaßstab der h.M. aber noch nach Aufnahme der Änderungskündigung in das KSchG - wie oben unter 2. dargestellt - eingewendet wird,

- auch bei der neuen Rechtslage erscheine eine Lockerung der Anforderungen an die soziale Rechtfertigung einer Kündigungsschutzklage gegen eine Änderung über § 2 KSchG hinaus im Hinblick auf den Zweck des KSchG unzutreffend zu sein. Der gesetzliche Kündigungsschutz solle dem Arbeitnehmer nicht nur die Weiterbeschäftigung als solche gewährleisten (sog. Bestandsschutz), sondern auch die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses, so wie es durch den Einzelvertrag ausgestaltet ist <sup>1</sup>. Diesem Zweck würde es aber entgegenlaufen, wenn man den Prüfungsmaßstab einheitlich für die Änderungsschutzklage und die Kündigungsschutzklage handhaben würde. Dem Arbeitnehmer wäre es somit verwehrt, seine einmal erreichte Vertragsposition konsequent, also ohne Rückgriff auf die Möglichkeit des § 2 KSchG zu verteidigen.

Diese Auffassung verlange vom Arbeitgeber nicht mehr, als allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen entspreche, nämlich einen geschlossenen Vertrag ohne Änderung einzuhalten <sup>2</sup> -

dann richtet sich diese Argumentation im Grunde nicht gegen einen einheitlichen Prüfungsmaßstab auf der Grundlage der Rechtmäßigkeit der Änderung, sondern gegen die Änderungskündigung überhaupt: Die Änderungskündigung dient zum einen dem Interesse des Arbeitnehmers, einen Arbeitsplatz im Betrieb auch dann zu behalten, wenn Umstände in seiner Person oder im Betrieb eingetreten sind, die einer Fortführung des Arbeitsverhältnisses unter unveränderten Bedingungen entgegenstehen <sup>3</sup>.

Unter diesem Aspekt ist die Änderungskündigung ein Mittel dazu, nicht weiter als von der Sache her nötig in die Rechtssphäre des Arbeitnehmers eingreifen zu müssen und somit im Grunde nichts anderes als eine konkrete Ausformung

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Löwisch und Knigge, a.a.O., Bl. 7 V mit Hinweis auf vorstehende Entscheidung des BAG sowie auf Wiedemann, RdA 61, 4 und Kunze, DB 71, 920.

<sup>2</sup> vgl. dazu Löwisch und Knigge, a.a.O., Bl. 7 V.

<sup>3</sup> vgl. dazu Kempff, Verhältnis von Kündigung und Änderungskündigung - Der ultima-ratio-Gedanke im Kündigungsschutzrecht, DB 78, 1400.

des ultima-ratio-Gedankens <sup>1</sup> bzw. des allgemeinen Prinzips des geringstmöglichen Eingriffs <sup>2</sup>.

Dem steht auf der anderen Seite das Interesse des Betriebs gegenüber, Arbeitsverhältnisse dann an veränderte Umstände anpassen zu können, wenn mit ihrer Fortsetzung unter unveränderten Bedingungen eine dauernde Belastung verbunden wäre <sup>3</sup>; - andererseits jedoch im Betrieb Möglichkeiten vorhanden sind, das Arbeitsverhältnis inhaltlich so umzugestalten, daß seine Fortführung unter für beide Seiten zumutbaren Bedingungen erreicht werden kann.

Läßt man diese beiderseitigen Interessen in die Änderungskündigung einfließen, dann ist sie ein Instrument, mit dem ein angemessener Interessenausgleich herbeigeführt werden kann, wenn eine einvernehmliche Anpassung des Vertrages nicht zustandekommt.

Die Beendigungskündigung ist dazu ein zu grobes Mittel. Wie groß das Bedürfnis der Praxis in diesem Bereich nach abgestuften Reaktionsmöglichkeiten - die einen Interessenausgleich erlauben - aber ist, wird daran deutlich, daß die Änderungskündigung als Sonderform der Kündigung ohne gesetzliche Grundlage in Literatur und Rechtsprechung entwickelt und vom Gesetzgeber des

<sup>1</sup> vgl. Kempff, a.a.O., S. 1401 unter II 2 mwN; - sowie BAG vom 30.5.1978 - 2 AZR 630/76, DB 78,1790.

<sup>2</sup> Dieses Prinzip, das vor allem in der Eingriffsverwaltung praktisch wird, verlangt dort, daß von verschiedenen - an sich tauglichen Maßnahmen - nur diejenigen angewandt werden dürfen, die den einzelnen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigen - vgl. dazu etwa Friauf in Besonderes Verwaltungsrecht, S. 192 f; bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen - wo es im Grunde um den einseitigen Eingriff in die Rechtsposition des Vertragspartners geht - besteht in dieser Hinsicht die gleiche Situation; aus diesem Grunde trifft der allgemein im Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs enthaltene Gedanke in der Ausformung des ultima-ratio-Gedankens auch hier im Verhältnis zwischen Änderungskündigung und Beendigungskündigung zu; - ähnlich in seiner allgemeinen Aussage auch das LAG Bremen vom 15.3.1968 - 2 Sa 53/67 AP Nr. 56 zu § 626 BGB Bl. 3 R unter III. wo - zu einer außerordentlichen Kündigung - unter Hinweis auf BAG AP Nrn. 3, 4, 6, 8 und 11 sowie Galperin, DB 64,1114 ff ausgeführt wird, daß die Kündigung als die nach den gesamten Verhältnissen erforderliche und angemessene Maßnahme zur Wahrung der Interessen des Kündigenden anzusehen sei; vgl. aber auch Zöllner, Gutachten, S. 101 ff.

<sup>3</sup> vgl. dazu etwa schon Hueck, 6. Auflage 1968, § 1 Anm 30 mwN.

Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes ins KSchG übernommen wurde <sup>1</sup>.

Wenn der einzelne Arbeitnehmer aber jetzt durch Ablehnung des Änderungsangebots erreichen könnte, daß der Maßstab für die Beendigungskündigung auf die Änderungskündigung angewendet würde, dann hätte er damit gleichzeitig auch die Möglichkeit, den - gerade auch durch die Änderungskündigung möglichen - Interessenausgleich zu verhindern <sup>2</sup>.

Daran wird deutlich, daß die Änderungskündigung - als Erfordernis des Rechtsverkehrs - in ihrer praktischen Anwendbarkeit daran geknüpft ist, daß für diese Sonderform der Kündigung ein einheitlicher Maßstab auf der Basis des Inhaltsschutzes gilt.

Aus diesem Grunde richtet sich die Forderung, dem Arbeitnehmer müsse es erlaubt sein, seine einmal erreichte Rechtsposition konsequent, also ohne Rückgriff auf die Möglichkeit des § 2 KSchG zu verteidigen <sup>3</sup> im Grunde nicht nur gegen den einheitlichen Prüfungsmaßstab, sondern gegen die Änderungskündigung überhaupt.

Das gleiche gilt für das Argument, mit der Möglichkeit, den Inhaltsschutz mit den Mitteln des Bestandsschutzes geltend machen zu können, werde nur gewährleistet, was allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen entspreche: Nämlich einen geschlossenen Vertrag einzuhalten <sup>4</sup>.

Denn die Änderungskündigung dient ja gerade mit Rücksicht auf den Charakter des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis dazu, auf Veränderungen in der Person des Arbeitnehmers oder im Betrieb dosiert reagieren und dadurch einen Interessenausgleich ermöglichen zu können, der mit rein schuldrechtlichen Mitteln nicht erzielt werden könnte.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu oben unter 2.

<sup>2</sup> vgl. dazu BAG vom 7.6.1975 - 2 AZR 450/72 a.a.O. Bl. 3 R unter c, wonach die Anwendung des Gesetzes nicht in die Hand des Arbeitnehmers gegeben ist, weil der Prüfungsmaßstab für die nun einmal zum Zwecke der Änderung und gerade nicht zum Zwecke der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erklärte Kündigung nicht dadurch verändert werden kann, "daß der Arbeitnehmer nach seinem Belieben das Angebot entweder (unter Vorbehalt) annimmt oder von vornherein ablehnt."

<sup>3</sup> vgl. dazu Löwisch und Knigge, a.a.O., Bl. 7 V vor 3.

<sup>4</sup> vgl. dazu Löwisch und Knigge, a.a.O. Bl. 2 V ganz unten.

Diese rein schuldrechtliche Position ließe sich nur dann ohne jede Einschränkung halten, wenn im Rahmen der Kündigung überhaupt rein schuldrechtliche Grundsätze gelten würden.

Wenn der Betrieb aber in der Ausübung dieses Gestaltungsrechts eingeschränkt ist, dann kann der Arbeitnehmer diesen Schutz auch nur in einem dem Schutzzweck angemessenen Rahmen für sich beanspruchen; das bedeutet aber, daß er den Schutz seines Arbeitsplatzes nur in dem Maße geltend machen kann, als seine Rechtsposition durch eine einseitige Maßnahme des Betriebes tatsächlich beeinträchtigt wird.

Damit kann ihm aber auch nicht über das Wahlrecht, das Änderungsangebot unter Vorbehalt anzunehmen oder es abzulehnen, die Möglichkeit zustehen, statt des Inhaltsschutzes den Bestandsschutz für sich in Anspruch zu nehmen.

Ebensowenig kann das subjektive Urteil des Arbeitnehmers, daß ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter den neuen Arbeitsbedingungen nicht zuzumuten sei, dazu führen, daß die Anforderungen an die Änderungskündigung denen der Beendigungskündigung gleichzusetzen sind. Vielmehr bringt er - wenn er trotz der Möglichkeit des § 2 KSchG das Änderungsangebot ablehnt - umgekehrt zum Ausdruck, daß für ihn in seiner konkreten Situation - etwa angesichts einer günstigen Arbeitsmarktlage<sup>1</sup> - der Beendigungsschutz keinen höheren Stellenwert hat, als der Inhaltsschutz; - in einem solchen Fall würde man der tatsächlichen Interessenlage nicht gerecht, wenn man an die Änderungskündigung den Maßstab anlegen würde, der üblicherweise für eine Beendigungskündigung heranzuziehen ist.

Da für die Prüfung der Frage, inwieweit ein Arbeitnehmer von einer Kündigung betroffen ist, aber kein abstrakter Maßstab zugrundegelegt, sondern die konkrete Beeinträchtigung geprüft wird, bedeutet dies, daß - seit Inkrafttreten des § 2 KSchG - an die Rechtmäßigkeit einer Änderungskündigung überhaupt nur noch ein Maßstab angelegt werden kann: Die soziale Rechtfertigung der Änderung gegenüber den Nachteilen, die für den Arbeitnehmer mit den neuen Arbeitsbedingungen verbunden sind.

Ob dies der Fall ist, läßt sich jedoch nur anhand objektiver Kriterien feststellen.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Löwisch und Knigge, a.a.O. Bl. 7 V oben.

Die Rechtmäßigkeit der Änderungskündigung ist somit danach zu beurteilen, ob die Änderung der Arbeitsbedingungen unter Berücksichtigung ihrer Zumutbarkeit für den Arbeitnehmer sozial gerechtfertigt ist <sup>1</sup>.

#### 4. Prüfungsmaßstab bei der außerordentlichen Änderungskündigung

Dementsprechend müßte Prüfungsmaßstab bei der außerordentlichen Änderungskündigung sein, ob für die Änderung der Arbeitsbedingungen unter Berücksichtigung ihrer Zumutbarkeit für den Arbeitnehmer ein wichtiger Grund besteht <sup>2</sup>. Voraussetzung dafür wäre allerdings, daß auch bei der außerordentlichen Änderungskündigung die Möglichkeit gegeben wäre, die Unwirksamkeit der Änderung auch ohne Arbeitsplatzrisiko geltend machen zu können.

Denn nur dadurch wäre gewährleistet, daß Ziel und Risiko einer Klage gegen die Änderungskündigung miteinander in Einklang gebracht werden können und dadurch die Voraussetzungen für einen einheitlichen Prüfungsmaßstab gegeben sind <sup>3</sup>.

##### a) Fehlender Hinweis auf den § 2 in § 13 KSchG

Gegen eine Übertragung der in § 2 KSchG enthaltenen Möglichkeit, die Unwirksamkeit der Änderung isoliert geltend machen zu können, auf die außerordentliche Änderungskündigung wird jedoch eingewendet, im Unterschied zur ordentlichen Änderungskündigung, für die das Kündigungsschutzrecht eine Sonderregelung bereithalte, fehle eine entsprechende Regelung für die

<sup>1</sup> Ähnlich im übrigen schon Hueck, KSchG, 6. Auflage 68, § 1 Rdnr. 30 a; - als im KSchG noch keine spezielle gesetzliche Regelung der Änderungskündigung enthalten war - wonach die Sozialwidrigkeit dann zu verneinen ist, wenn die vorgeschlagene Änderung der Arbeitsbedingungen sachlich gerechtfertigt und dem Arbeitnehmer zumutbar ist; - mit Hinweis auf BAG AP Nrn. 23 und 33 zu § 1 KSchG, Nrn. 10 und 17 zu § 620 BGB Änderungskündigung; Galperin, DB 58,840; Herschel, Anm zu BAG AP Nr. 24 zu § 1 KSchG.

<sup>2</sup> Diese Formel stimmt weitgehend mit der Rechtsprechung des BAG überein; - vgl. dazu BAG vom 25.3.1976 - 2 AZR 127/75 AP Nr. 10 zu § 626 BGB, wonach die außerordentliche Änderungskündigung (nur) dann wirksam ist, wenn dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu den bisherigen Bedingungen unzumutbar geworden ist und darüberhinaus die neuen Arbeitsbedingungen für den Arbeitnehmer zumutbar sind.

<sup>3</sup> vgl. dazu oben unter 2.

außerordentliche Änderungskündigung. § 13 Abs. 1 KSchG enthalte weder eine spezielle Aussage zur Behandlung der außerordentlichen Änderungskündigung, noch verweise sein Satz 2 auf den § 2 KSchG. Angesichts dieses klaren Wortlauts scheide auch eine analoge Anwendung des § 2 KSchG aus <sup>1</sup>.

b) Parallele Interessenlage bei ordentlicher und außerordentlicher Änderungskündigung

Bei dieser im Grunde allein auf den fehlenden Hinweis in § 13 KSchG abhebenden Ansicht wird allerdings außer Acht gelassen, daß der Gesetzgeber mit der Aufnahme der Änderungskündigung in das KSchG nicht von sich aus eine neue Form der Kündigung geschaffen hat, sondern daß er nur das nachvollzog, was sich in der Praxis bereits herausgebildet hatte <sup>2</sup>; wenn er dabei aber nicht - wie große Teile der hM - auf halbem Wege stehenblieb und die Änderungskündigung zwar als solche anerkannte, ohne gleichzeitig die entsprechenden Abwehrmittel zur Verfügung zu stellen - sondern den Lösungsweg aufgriff, der in der Literatur allgemein für die Änderungskündigung entwickelt worden war, dann kann allein dem fehlenden Hinweis auf den § 2 in § 13 KSchG nicht entnommen werden, daß er damit die Geltendmachung der Unwirksamkeit der Änderung auf diesem Wege für die außerordentliche Änderungskündigung verschließen wollte.

Vielmehr ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber des Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes, der sich - soweit ersichtlich - mit dem speziellen Problem der außerordentlichen Änderungskündigung gar nicht beschäftigte <sup>3</sup>, das Erfordernis eines Hinweises auf den § 2 in § 13 KSchG einfach übersehen hat.

<sup>1</sup> vgl. Adomeit, DB 63,2179, der unter Hinweis auf § 13 Abs. 1 Satz 1 KSchG die Ansicht vertritt, das Gesetz sei einer erweiternden Auslegung dahin nicht fähig, daß auch für die außerordentliche Änderungskündigung ein spezielles Kündigungsschutzverfahren statfinde; ebenso Löwisch und Knigge, a.a.O. Bl. 6 R., mit dem Hinweis auf die sich daraus ergebende Folge, daß der Arbeitnehmer mit der Klage gegen die außerordentliche Änderungskündigung nach wie vor das Risiko eingehe, im Falle des Unterliegens den Arbeitsplatz zu verlieren, obwohl er sich dann doch lieber auf die Änderung eingelassen hätte.

<sup>2</sup> vgl. dazu etwa Hueck, KSchG, 6. Auflage 1968, § 1 Rdnr. 30 ff mit weiteren Nachweisen, sowie oben unter 2.

<sup>3</sup> vgl. dazu etwa die Begründung des Regierungsentwurfs, insbesondere zu Art. 1 Nrn. 2 - 5, BT-Drucksache V/3913 S. 8 f sowie die Gegenäußerungen der Bundesregierung zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrates in Anlage 3, BT-Drucksache V/3913 S. 15.

Davon kann man um so eher ausgehen, als zum damaligen Zeitpunkt kaum eine praktische Relevanz für eine besondere Berücksichtigung der außerordentlichen Änderungskündigung bestand: Außerordentliche Änderungskündigungen kommen - weil sie in aller Regel personen- bzw. betriebsbedingte Gründe zugrundeliegen haben - normalerweise nur bei Arbeitsverhältnissen mit langer Bindung vor <sup>1</sup>.

Solche Arbeitsverhältnisse gab es während des Gesetzgebungsverfahrens zum Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz aber nur im öffentlichen Dienst <sup>2</sup>. Dagegen fehlten entsprechende Tarifverträge in der privaten Wirtschaft zum damaligen Zeitpunkt noch völlig <sup>3</sup>. Da die Tarifverträge des öffentlichen Diensts jedoch besondere Regelungen für die Änderungskündigung gerade unkündbarer Arbeitsverhältnisse enthielten, bestand damals nur ein geringes praktisches Bedürfnis an einer gesetzlichen Regelung der außerordentlichen Änderungskündigung.

Dazu kommt, daß es dem Gesetzgeber des Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes in erster Linie um eine Vereinheitlichung und Bereinigung des Rechts der Kündigung von Arbeitsverhältnissen <sup>4</sup> und nicht um das Herausarbeiten weiterer Differenzierungen ging.

Wenn es aber vor diesem Hintergrund die Absicht des Gesetzgebers war,

- "... den unter den Geltungsbereich des KSchG fallenden Arbeitnehmer einen gerechten Schutz gegen die Änderungskündigung

---

<sup>1</sup> vgl. dazu oben B II 2b; - der Grund dafür liegt darin, daß mit der Änderungskündigung vor allem dauerhafte Äquivalenzstörungen im Austauschverhältnis beseitigt werden sollen; diese Äquivalenzstörungen beruhen normalerweise jedoch auf Gründen in der Person des Arbeitnehmers bzw. auf betrieblichen Gründen, die - wie oben dargestellt - in aller Regel zu einer außerordentlichen Kündigung nur im Zusammenhang mit einer langen Bindung berechtigen können.

<sup>2</sup> vgl. dazu oben A I 1 d.

<sup>3</sup> vgl. dazu oben A I 2 a.

<sup>4</sup> vgl. dazu die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucksache V/3913, wo es auf S. 8 unter I. u.a. heißt: "... Das Hauptanliegen des Entwurfs ist eine Vereinheitlichung und Bereinigung des Rechts zur Kündigung von Arbeitsverhältnissen ... Diese Rechtsbereinigung erscheint vordringlich ...".

zu gewährleisten, indem er ihm (der Entwurf des KSchG) die Möglichkeit einer gerichtlichen Nachprüfung der Änderung der Arbeitsbedingungen eröffnet, ohne daß er zugleich zwangsläufig, mit dem Risiko des Verlusts des Arbeitsplatzes belastet wird."

und er damit die in der Literatur allgemein für die Änderungskündigung entwickelte Möglichkeit der isolierten Geltendmachung aufgegriffen hat <sup>2</sup>, dann hat er damit zum Ausdruck gebracht, daß die Änderungskündigung als solche diese prozessuale Möglichkeit gleichsam voraussetzt.

Dann kann - wie bereits oben festgestellt - dem fehlenden Hinweis auf den § 2 in § 13 KSchG aber nicht entnommen werden, daß eine analoge Anwendung des § 2 KSchG ausscheide <sup>3</sup>.

Vielmehr liegt in dem fehlenden Hinweis eine Regelungslücke, weil nach dem - vom Gesetzgeber geäußerten Grundgedanken seiner Regelung und der Teleologie des Gesetzes <sup>4</sup> - eine entsprechende Regelung auch für die außerordentliche Änderungskündigung hätte erwartet werden können.

Da aber - jedenfalls was die Art der Geltendmachung der Unwirksamkeit der Änderung anbelangt - ordentliche und außerordentliche Kündigung parallel laufen und der Gesetzgeber die in § 2 KSchG für die ordentliche Änderungskündigung normierte Möglichkeit der isolierten Geltendmachung der Unwirksamkeit der Änderung gleichsam in untrennbarem Zusammenhang mit der Änderungskündigung überhaupt ansieht, ist eine unterschiedliche Behandlung dieser beiden Formen der Änderungskündigung in diesem Punkt nicht angebracht <sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucksache V/3913, S. 8 unter II zu Art. 1 Nr. 2 - 5.

<sup>2</sup> vgl. dazu Hueck, KSchG, 6. Auflage (1968) Rdnr. 30 c, sowie Boetticher, a.a.O. S. 137.

<sup>3</sup> so aber Adomeit, a.a.O. mit Hinweis auf den "klaren" Wortlaut des Gesetzes, wobei es sich allerdings tatsächlich nur um einen fehlenden Hinweis handelt.

<sup>4</sup> vgl. dazu allg. Larenz, Methodenlehre, insb. S. 350 ff (359).

<sup>5</sup> vgl. dazu BAG vom 7.6.1973 - 2 AZR 450/72 a.a.O. Bl. 3 R unter c, wonach die Überlegungen, die für einen einheitlichen Prüfungsmaßstab auf der Basis der Änderungskündigung sprechen über die Fälle des § 2 KSchG hinaus auch dann gelten, wenn - wie im Streitfall, in dem eine unmittelbare Anwendung des § 2 KSchG wegen des vertraglichen Ausschlusses der ordentlichen Arbeitgeberkündigung ohnehin ausscheidet - der Arbeitnehmer das mit der Kündigung verbundene Änderungsangebot ablehnt und sich gegen die Wirksamkeit der Änderungskündigung im Klageweg wendet.

Vielmehr kann die Lücke, die im Kündigungsschutz durch den fehlenden Hinweis auf den § 2 in § 13 KSchG entstanden ist, durch die analoge Anwendung der in § 2 KSchG enthaltenen Möglichkeit der isolierten Geltendmachung der Unwirksamkeit der Änderung auch auf die außerordentliche Änderungskündigung geschlossen werden <sup>1</sup>.

Damit ist die Rechtmäßigkeit der außerordentlichen Änderungskündigung danach zu beurteilen, ob für die Änderung der Arbeitsbedingungen unter Berücksichtigung ihrer Zumutbarkeit für den Arbeitnehmer ein wichtiger Grund vorliegt <sup>2</sup>. Im Rahmen der dabei vorzunehmenden Interessenabwägung ist allerdings von wesentlicher Bedeutung, daß mit der tariflichen Alterssicherung der besonders schutzbedürftigen Situation des älteren Arbeitnehmers nicht nur durch einen Bestandsschutz Rechnung getragen ist. Vielmehr soll dem älteren Arbeitnehmer in der Regel bis zum Erreichen der Altersgrenze sein bisheriger Status erhalten werden <sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Im Ergebnis ebenso Schaub, wonach im Falle einer außerordentlichen Änderungskündigung § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG erweiternd dahin ausgelegt werden muß, daß auch auf die Vorschrift des § 2 KSchG verwiesen wird; dieses Ergebnis rechtfertigte sich aus der dem Gesetz vorgegebenen Zwecksetzung, dem Arbeitnehmer nach Möglichkeit das Arbeitsverhältnis, wenn auch zu geänderten Bedingungen zu erhalten; - vgl. Schaub, a.a.O., S. 235 unter 2 c.

<sup>2</sup> ähnlich die Formel des BAG, a.a.O. Bl. 3 R unter c.

<sup>3</sup> vgl. dazu Löwisch und Knigge, a.a.O. Bl. 7 R oben. - So enthalten etwa die Vorschriften des § 9 MTV-Arbeiter bzw. 4 a MTV-Angestellte der Metallindustrie Nordwürttemberg-Nordbaden neben dem Bestandsschutz unter Ziff. 2 jeweils unter der Ziff. 1 eine Absicherung ihres bisherigen Durchschnittsverdienstes und seine ausdrückliche Einbeziehung in Tarifierhöhungen (um die Errechnung des Durchschnittsverdienstes festzulegen, wurde von den Tarifvertragsparteien eigens eine authentische Interpretation dieser Vorschriften erstellt, - vgl. die authentische Interpretation vom 27.11.1974). Vorausgegangen war ein Schiedsverfahren, bei dem es darum ging, wie der garantierte Durchschnittsverdienst zu berechnen sei. Bei diesem Schiedsverfahren wurde in der Sitzung vom 22.7.1974 ausdrücklich festgestellt, daß beide Tarifvertragsparteien bei den Tarifvertragsverhandlungen im Herbst 1973 dem älteren Arbeitnehmer nicht nur den Tariflohn, sondern seinen Effektivverdienst hätten sichern wollen.

Deshalb müssen an die Gründe für die außerordentliche Änderungskündigung solche Anforderungen gestellt werden, so daß sie selbst gegen diesen besonderen Inhaltsschutz durchdringen<sup>1</sup>.

#### 5. Zusammenfassende Feststellungen

Die Änderungskündigung, die als ein Erfordernis der Praxis in Rechtsprechung und Literatur ohne gesetzliche Grundlage entwickelt wurde, setzt die Möglichkeit einer isolierten Geltendmachung der Unwirksamkeit der Änderung gleichsam voraus. Denn zu einem einheitlichen Prüfungsmaßstab bei der Änderungskündigung kann man nur dann kommen, wenn Ziel und Risiko einer Klage gegen die Änderungskündigung in einem wechselseitigen Verhältnis zueinander stehen.

Wenn dafür aber in der Literatur für die Änderungskündigung insgesamt eine prozessuale Möglichkeit entwickelt wurde, die vom Gesetzgeber im Zuge des Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes aufgegriffen und für die ordentliche Änderungskündigung im KSchG normiert wurde, besteht - allein wegen des fehlenden gesetzlichen Hinweises auf die außerordentliche Änderungskündigung - kein Grund, diese Regelung auch auf die außerordentliche Änderungskündigung zu übertragen, um dadurch auch dort zu einem durchgängigen Prüfungsmaßstab zu kommen.

---

Außerdem wurde aufgrund eines Spruchs der Schiedsstelle entschieden, daß der tarifliche Schutz auch die Änderungskündigung umfasse (vgl. dazu die Protokolle aus den Verhandlungen der Schiedsstelle).

<sup>1</sup> Dies entspricht den Überlegungen des BAG in seiner grundlegenden Entscheidung vom 3.11.1955 - 2 AZR 39/54 AP Nr. 4 zu § 626 BGB zur außerordentlichen Kündigung von Arbeitsverhältnissen mit langer Bindung, wenn es dort heißt: "... Der Grund muß deshalb so triftig sein, daß er selbst gegenüber der vertraglichen Zusage einer nur unter ganz besonderen Umständen kündbaren Dauerstellung durchdringt..."; - so BAG a.a.O. mit Hinweis auf Nikisch, ArbR, 2. Auflage, S. 596.

Allerdings darf in diesem Rahmen nicht unberücksichtigt bleiben, daß Sinn und Zweck des tariflichen Schutzes dahin gehen dem gesicherten Arbeitnehmer bis zur Erreichung der Altersgrenze seinen bisherigen sozialen Status zu erhalten.

Prüfungsmaßstab für die außerordentliche Änderungskündigung ist demnach, ob für die Änderung der Arbeitsbedingungen unter Berücksichtigung ihrer Zumutbarkeit für den Arbeitnehmer ein wichtiger Grund auch unter dem Gesichtspunkt besteht, daß durch die tarifliche Alterssicherung nicht nur ein Bestands- sondern auch ein Inhaltsschutz gewährleistet wird.

### C 3. Kapitel

#### Außerordentliche Kündigung mit zwingender Frist

##### - Vorbemerkung

Wie oben festgestellt, kann die lange Bindung dazu führen, daß die außerordentliche Kündigung aus Gründen möglich wird, die normalerweise nur zu einer ordentlichen Kündigung berechtigen können <sup>1</sup>.

Das ergibt sich - wie im einzelnen ausgeführt - aus dem Wesen des in § 626 Abs. 1 BGB enthaltenen Zumutbarkeitsprinzips, das eine umfassende Interessenabwägung auf der Grundlage der tatsächlichen Gegebenheiten verlangt <sup>2</sup>.

Da in diesen Fällen aber - ohne die lange Bindung - jedenfalls ordentlich gekündigt werden könnte, kann sie zwar nicht dazu führen, daß Arbeitnehmer infolge des verstärkten Schutzes ihren Arbeitsplatz leichter als sonst verlieren <sup>3</sup>.

Das Problem ergibt sich vielmehr daraus, daß nach dem Wortlaut des § 626 Abs. 1 BGB in allen Fällen das Vorliegen eines wichtigen Grundes eine fristlose Kündigung möglich ist und zwar unabhängig davon, ob außerordentliche Kündigungen wegen einer schuldhaften Pflichtverletzung oder aus objektiven in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen erfolgen soll.

Denn dadurch kann die lange Bindung im Einzelfall zur Folge haben, daß die Kündigung fristlos erfolgen kann, während sonst nur ordentlich also mit Frist gekündigt werden könnte.

Der Grund für dieses, als paradox <sup>4</sup> bezeichnete Ergebnis

---

<sup>1</sup> vgl. oben B II 2b und 3f.

<sup>2</sup> vgl. oben B II 3b und c.

<sup>3</sup> vgl. oben B II 3f.

<sup>4</sup> vgl. dazu etwa Hueck-Nipperdey Band I § 59 V 2 S. 594.

liegt darin, daß in § 626 Abs. 1 BGB mit der Formulierung

" ... Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung nicht zugemutet werden kann..."

der Besonderheit einer langen Bindung zwar auf der Tatbestandsseite <sup>1</sup> ausdrücklich Rechnung getragen ist, eine entsprechende Berücksichtigung der ansonsten bestehenden Unkündbarkeit auf der Rechtsfolgeseite aber fehlt: Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ist nach dem Wortlaut des § 626 BGB auf jeden Fall eine fristlose Kündigung möglich, also ohne Rücksicht darauf, um welche der beiden - für die außerordentliche Kündigung typischen - Interessenlagen es sich handelt <sup>2</sup>.

#### 1. Fristlose außerordentliche Kündigung im Falle schuldhafter Pflichtverletzungen

Für fast alle Fälle der außerordentlichen Kündigung, der fristlosen Kündigung wegen schuldhafter Pflichtverletzung <sup>3</sup> paßt diese Rechtsfolge: Ob sie nun ihren Sinn darin hat, einer ganz konkreten Gefahr vorzubeugen, die bspw. im Falle eines Geheimnisverrats von einem bestimmten Arbeitnehmer ausgeht, oder einer Verschlechterung der Betriebsdisziplin entgegenzutreten - so z.B. bei häufigem Zuspätkommen trotz mehrfacher Abmahnung <sup>4</sup> -, die Voraussetzungen für das Vorliegen eines wichtigen Grundes - Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist - und die Rechtsfolge, fristlose Entlassung, bedingen sich gegenseitig.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Galperin, "Der wichtige Grund zur außerordentlichen Kündigung", DB 64,1114, wonach der Zumutbarkeitsbegriff zwar keine deduktive Ableitung zuläßt, jedoch sicher anschaulicher ist, als der Hinweis des Gesetzgebers auf die Wichtigkeit; in diesem Sinne ist es zu verstehen, wenn hier von der Zumutbarkeitsformel als Tatbestandsseite des § 626 Abs. 1 BGB ausgesprochen wird.

<sup>2</sup> vgl. dazu oben B II 3 e.

<sup>3</sup> vgl. dazu Schaub aaO § 125 V 2, wonach als wichtiger Grund vor allem Vertragsverletzungen infrage kommen, sowie oben B II 2a mwN.

<sup>4</sup> vgl. dazu oben B II 2a aa und bb.

So bspw. wenn ein Arbeitnehmer, dem Unpünktlichkeit vorgeworfen wird, daraufhin erklärt, daß er machen könne, was er wolle <sup>1</sup>.

Denn in diesem Verhalten hat der Arbeitnehmer zum Ausdruck gebracht, daß er - aktuell und auch in Zukunft - nicht bereit ist, seine Vertragspflichten in vollem Umfang zu erfüllen <sup>2</sup>.

In einem solchen Falle, in dem sich der Arbeitnehmer durch sein Verhalten in direkten Gegensatz zur betrieblichen Ordnung und Disziplin stellt, ist dem Betrieb - wie oben im einzelnen dargestellt <sup>3</sup> - zum Schutz seiner Funktionsgrundlage eine auch nur kurzfristige Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar.

Aus diesem Grund ist - bei dieser Interessenlage - die fristlose Kündigung zum ausreichenden Schutz grundlegender Betriebsinteressen die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses erforderlich <sup>4</sup>.

2. Außerordentliche Kündigung mit Frist in den Fällen objektiver in der Person des Arbeitnehmers oder im Betrieb liegender Gründe

---

Dagegen besteht bei einer außerordentlichen Kündigung aus objektiven in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen regelmäßig kein besonderes Interesse an einer sofortigen Lösung des Arbeitsverhältnisses.

Denn bei dieser Interessenlage geht es - wie oben im einzelnen dargestellt <sup>5</sup> - nicht um die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer einer ansonsten bestehenden ordentlichen Kündigungsfrist, sondern darum, wegen der sich aus der Dauer der Bindung ergebenden Belastung überhaupt aus dem Arbeitsverhältnis heraus-

---

<sup>1</sup> vgl. dazu ArbG Emden vom 19.2.1975 - Ca 545/74 ARSt 75,111.

<sup>2</sup> vgl. dazu oben B II 2a aa und dd.

<sup>3</sup> vgl. dazu oben B II 2a aa.

<sup>4</sup> vgl. dazu oben B II 2a dd.

<sup>5</sup> vgl. dazu oben B II 2b.

zukommen. Dies zeigen insbesondere die Fälle, in denen mit Rücksicht auf die ansonsten bestehende Unkündbarkeit oder lange Bindung zwar außerordentlich aber mit einer freiwilligen Sozialfrist gekündigt wurde<sup>1</sup>. Trotzdem ist nach dem Wortlaut des § 626 BGB eine fristlose Kündigung möglich. So wurde bspw. die fristlose Kündigung eines Bahnunterhaltungsarbeiters, der nach einer Eisenbahndienstzeit von über 15 Jahren gem. § 30 Abs. 3 LTV nur noch aus wichtigem Grunde entlassen werden konnte, wegen einer Krankheitszeit von 182 Tagen im Kalenderjahr als wirksam angesehen<sup>2</sup>.

Damit kann - nach dem reinen Wortlaut des § 626 BGB - eine fristlose Kündigung auch in Fällen erfolgen, in denen gar kein schutzwürdiges Interesse an einer sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses besteht und in denen - ohne die lange Bindung - eine außerordentliche Kündigung überhaupt nicht möglich gewesen wäre. Da nach dem Wortlaut des § 626 Abs. 1 BGB auch in solchen Fällen die fristlose Kündigung möglich ist, kann es zu dem bereits erwähnten paradoxen Ergebnis kommen, daß, je stärker sich die Parteien binden wollen, um so eher eine fristlose Kündigung möglich ist<sup>3</sup>.

### 3. Möglichkeiten zur Vermeidung des paradoxen Ergebnisses

Da die Ursache für dieses paradoxe Ergebnis somit offensichtlich darin liegt, daß die nach § 626 Abs. 1 BGB mögliche Rechtsfolge der fristlosen Kündigung nicht für alle Fälle der außerordentlichen Kündigung paßt, läßt sich der in diesem Ergebnis zum Ausdruck kommende Widerspruch grundsätzlich auf zwei Wegen lösen:

---

<sup>1</sup> vgl. bspw. BAG vom 3.11.1955 - 2 AZR 39/54, vom 8.10.57 - 3 AZR 124/55 bzw. 3 AZR 136/55, AP Nrn. 4, 15 und 16 zu § 626 BGB, sowie die Entscheidungen des ArbG Stuttgart vom 28.4.1976 - 10 Ca 841/75 und vom 25.6.1976 - 14 Ca 168/76 - beide nicht veröffentlicht.

<sup>2</sup> vgl. dazu BAG vom 9.7.1964 - 2 AZR 419/63 AP Nr. 52 zu § 626 BGB.

<sup>3</sup> vgl. dazu Hueck-Nipperdey, Band I § 59 V 2 S. 594.

Entweder man beschränkt die außerordentliche Kündigung auf die Fälle, in denen zur ausreichenden Berücksichtigung der Interessen des Kündigenden eine sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist, oder man läßt die außerordentliche Kündigung auch dann zu, wenn dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zwar für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist zugemutet werden kann, nicht aber für die ganze Dauer der Bindung; - dann muß man jedoch dem gekündigten Arbeitnehmer in den Fällen, in denen sich der wichtige Grund nur aus der über die Dauer der Bindung hinausgehenden Bindung ergibt, einen Anspruch auf die ansonsten bestehende ordentliche Kündigungsfrist zugestehen <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Hueck-Nipperdey, Band I, § 59 V 2, S. 594.

## I 1. Abschnitt

### I. Beschränkung der außerordentlichen Kündigung auf die Fälle, in denen eine sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist

In der Rechtsprechung wird teilweise der erste Weg beschritten und eine außerordentliche Kündigung nur dann für zulässig gehalten, "... wenn die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung ihrer nachteiligen wirtschaftlichen Folgen für den Vertragspartner als die nach den gesamten Verhältnissen erforderliche und angemessene Maßnahme zur Wahrung der Interessen des Kündigenden anzusehen ist ...".<sup>1</sup>

Gegen eine Beschränkung des wichtigen Grundes auf die Fälle, in denen zur ausreichenden Wahrung der Interessen des Betriebes eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist, bestehen jedoch Bedenken: Sie leiten sich daraus her, daß mit einer solchen Handhabung des Zumutbarkeitsprinzips der wichtige Grund allein von der nach § 626 Abs. 1 BGB möglichen Rechtsfolge, der fristlosen Entlassung, her bestimmt würde.

Eine solche Bestimmung des wichtigen Grundes von der Rechtsfolge her wäre jedoch - abgesehen von ihrer Unvereinbarkeit mit der in Rechtsprechung und Literatur anerkannten außerordentlichen Kündigung mit "freiwilliger" Sozialfrist<sup>2</sup> - weder mit dem Wesen noch mit der konkreten Entwicklung zu vereinbaren, die das Recht der außerordentlichen Kündigung seit dem Entstehen des BGB genommen hat:

Die außerordentliche Kündigung ist ihrem Wesen nach ein Ausnahmerecht; deshalb bedarf sie - wie jede Ausnahme vor der Regel - einer besonderen Begründung<sup>3</sup>. Der Gesetzge-

---

<sup>1</sup> vgl. dazu LAG Bremen vom 15.3.1968 - 2 Sa 53/67 AP Nr. 56 zu § 626 BGB, im Leitsatz unter 5.

<sup>2</sup> vgl. dazu etwa BAG vom 8.10.1957 - 3 AZR 136/55 AP Nr. 16 zu § 626 BGB; ArbG Stuttgart vom 28.4.1976 - 10 Ca 841/76 und vom 15.6.1976 - 14 Ca 168/76, -beide nicht veröffentlicht; Hueck-Nipperdey, Band I § 59 V 1 S. 593;

<sup>3</sup> Stahlhake, Rdnr. 194 S. 78.

vgl. Galperin aaO S. 1114 sowie oben B II 3b.

ber hat es jedoch bewußt unterlassen, die Voraussetzungen - unter denen eine außerordentliche Kündigung möglich ist - in § 626 BGB so zu beschreiben, daß sich das Vorliegen eines wichtigen Grundes aus dieser Vorschrift deduktiv ableiten läßt<sup>1</sup>. Vielmehr beschränkte er sich "wegen der großen Schwierigkeiten", denen die nähere Bestimmung der Gründe unterliegt, die zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigenden, darauf, das Prinzip auszusprechen und überließ es dadurch bewußt der Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur, die Voraussetzung für die außerordentliche Kündigung von Arbeitsverhältnissen näher auszugestalten<sup>2</sup>.

Im Rahmen dieser Entwicklung hat sich die Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist oder für die vereinbarte Dauer zumutbar ist, soweit von den anderen Ansätzen zur näheren Bestimmung des wichtigen Grundes abgehoben<sup>3</sup>, daß sich das "Zumutbarkeitsprinzip" - schon lange vor seiner gesetzlichen Festschreibung in § 626 Abs. 1 BGB im Jahre 1969<sup>4</sup> - als die maßgebende Voraussetzung für die außerordentliche Kündigung herausgebildet hatte<sup>5</sup>.

Gerade das Zumutbarkeitsprinzip schließt jedoch - wie

---

<sup>1</sup> vgl. Galperin aaO S. 1114, Nikisch, Band I § 50 I S. 719.

<sup>2</sup> vgl. dazu von Haidlen Kommentar zum BGB S. 692 mwN; sowie Materialien zum BGB, Entwurf II und Reichstagsvorlage aaO S. 95.

<sup>3</sup> vgl. dazu etwa BAG vom 3.11.1955 - 2 AZR 39/54, vom 15.12.1955 - 2 AZR 259/54, vom 8.10.1957 - 3 AZR 124/55 und 3 AZR 136/55 AP Nrn. 4, 6, 15 und 16 zu § 626 BGB; A. Hueck Anm zu BAG AP Nr. 2 zu § 626 BGB mit Hinweis auf Hueck-Nipperdey 3. - 5. Auflage Band I S. 332; Nikisch Band I § 50 II 1. S. 724, G. Hueck Anm zu BAG AP Nr. 15 zu § 626 BGB.

<sup>4</sup> vgl. dazu § 626 Abs. 1 BGB in der Fassung des Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes BGBI. I S. 1106 vom 14.8.1969.

<sup>5</sup> vgl. dazu etwa Hueck-Nipperdey Band I § 59, III 1 S. 582 mwN; Nikisch Band I § 50 II 1, S. 724 mwN insbesondere auf die ständige Rechtsprechung des RAG und BAG.

oben im einzelnen dargestellt <sup>1</sup> - notwendigerweise die Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles - also auch die tatsächliche Dauer der Bindung - in die Interessenabwägung mit ein.

Wenn man jetzt den wichtigen Grund allein von der nach § 626 Abs. 1 BGB möglichen Rechtsfolge, der fristlosen Kündigung, her bestimmen und dadurch auf die Fälle beschränken würde, in denen zur ausreichenden Sicherung der Interessen des Betriebes eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist, wäre man daran gehindert, dem Umstand Rechnung zu tragen, daß sich die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses <sup>2</sup> aus der langen Bindung auch in Fällen ergeben kann, in denen die Einhaltung bspw. der ordentlichen Kündigungsfrist dem Kündigenden durchaus zumutbar ist.

Denn insbesondere in den Fällen der außerordentlichen Kündigung aus objektiven in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegender Gründe geht es - wie sich oben aus der Gegenüberstellung zur Interessenlage bei außerordentlichen Kündigungen wegen schuldhafter Pflichtverletzung gezeigt hat <sup>3</sup> - regelmäßig gar nicht um eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Vielmehr besteht das Interesse des Betriebes in diesen Fällen fast ausschließlich darin, überhaupt aus der langen Bindung an das Arbeitsverhältnis herauszukommen <sup>4</sup>. Deshalb ist dem Kündigenden in diesen Fällen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer der ansonsten bestehenden ordentlichen Kündigungsfrist regelmäßig zuzumuten.

Eine Beschränkung der außerordentlichen Kündigung auf die Fälle, in denen zur ausreichenden Wahrung der Interes-

---

<sup>1</sup> vgl. dazu oben B II 3a und b.

<sup>2</sup> vgl. dazu etwa BAG vom 8.10.1957 - 3 AZR 124/55 bzw. 3 AZR 136/55 sowie vom 9.7.1964, AP Nrn. 15, 15 und 52 zu § 626 BGB, sowie ArbG Stuttgart vom 15.6.1976 - 14 Ca 168/76 und vom 28.4.1976 - 10 Ca 841/75 beide nicht veröffentlicht; Hueck-Nipperdey, Band I § 59 V, 2 S. 594; G. Hueck Anm zu BAG AP Nr. 15 zu § 626 BGB; Stahlhacke, RdNr. 243; Schaub § 125 V 5 S. 613; Weng DB 77, 676 (677) mwN.

<sup>3</sup> vgl. dazu oben B II 3e.

<sup>4</sup> vgl. dazu oben B II 3e.

sen des Betriebes eine fristlose Kündigung erforderlich ist, hätte somit - weil in der Regel nur bei dieser Interessenlage ein berechtigtes Interesse an einer sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses besteht - im Grunde eine Beschränkung der außerordentlichen Kündigung auf die Fälle der schuldhaften Pflichtverletzung zur Folge, während aus objektiven in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen außerordentlich praktisch überhaupt nicht mehr gekündigt werden könnte.

Damit würde aber die außerordentliche Kündigung von Arbeitsverhältnissen auf nur eine der beiden Interessenlagen festgelegt, obwohl sie nach ihrem Wesen <sup>1</sup>, ihrer Entwicklung und dem ausdrücklichen Wortlaut des § 626 Abs. 1 BGB <sup>2</sup> neben den Fällen der schuldhaften Pflichtverletzungen - in denen zur ausreichenden Wahrung der Interessen des Arbeitgebers regelmäßig die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist - auch die Fälle umfaßt, in denen sich die Unzumutbarkeit aus der langen Bindung an das Arbeitsverhältnis ergibt.

Aus diesem Grunde kann das Problem, daß im Zusammenhang mit einer langen Bindung die außerordentliche - und damit nach dem Wortlaut des § 626 Abs. 1 BGB auch die fristlose - Kündigung in Fällen möglich wird, in denen normalerweise nur ordentlich mit Frist gekündigt werden kann, nicht dadurch gelöst werden, daß man die außerordentliche Kündigung nur auf die Fälle beschränkt, in denen zum Schutz der Interessen des Betriebes eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist <sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu auch oben B II 3b.

<sup>2</sup> vgl. dazu oben B II 3a.

<sup>3</sup> vgl. BAG vom 3.11.1955 - 2 AZR 39/54; vom 15.12.1955 - 2 AZR 239/54, vom 17.4.1956 - 2 AZR 340/55, vom 8.10.57 - 3 AZR 124/55 bzw. 3 AZR 136/55, vom 16.7.1959 - 1 AZR 193/57, vom 9.2.1960 - 2 AZR 585/57, vom 9.7.1964 - 2 AZR 419/63, AP Nr. 4, 6, 8, 15, 16, 31, 39, 51; vom 19.1.1973 - 2 AZR 103/72 AP Nr. 5 zu § 626 BGB - Ausschlussfrist; ArbG Stuttgart vom 28.4.1976 - 10 Ca 841/75 und vom 15.6.1976 - 14 Ca 168/76 - beide nicht veröffentlicht.

Vielmehr kann Ausgangspunkt für die Prüfung, ob eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt ist, nur sein, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die ansonsten bestehende Dauer der Bindung zumutbar ist <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. Hueck-Nipperdey, Band I, § 59 V 2 S. 594; Nikisch, Band I, § 50 §§ 6 und 7 S. 721 ff; Schaub, § 125 V 5 S. 613; Stahlhacke S. 76, Rdnr. 191; Nipperdey, BB 50, 399; Gerhard Müller, DB 58, 628; Galperin, DB 64, 1114 (1116 unter 6.); Weng DB 77, 676 (677).

## II 2. Abschnitt

### Außerordentliche Kündigung mit zwingender Frist

Deshalb kann das o.a. paradoxe Ergebnis aber nur dadurch vermieden werden, daß man dem außerordentlich gekündigten Arbeitnehmer in den Fällen einen Anspruch auf die ansonsten bestehende ordentliche <sup>1</sup> Kündigungsfrist einräumt, in denen sich der wichtige Grund nur aus der über die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist hinausgehenden Bindung ergibt.

Gegen diese Lösung bestehen allerdings Bedenken aus mehreren Gründen:

#### 1. Wortlaut des § 626 Abs. 1 BGB

Der erste Einwand ergibt sich direkt aus dem Wortlaut des § 626 Abs. 1 BGB, wonach beim Vorliegen eines wichtigen Grundes undifferenziert die fristlose Kündigung möglich ist <sup>2</sup>. Daraus resultiert die Frage, ob mit dieser in § 626 Abs. 1 BGB einheitlich für alle Fälle der außerordentlichen Kündigung bereitgestellten Rechtsfolge die Herausbildung von Fallgruppen zu vereinbaren ist, in denen dem Arbeitnehmer trotz außerordentlicher Kündigung ein Anspruch auf Einräumung der ansonsten bestehenden ordentlichen bzw. gesetzlichen Kündigungsfrist zustehen würde.

---

<sup>1</sup> also nicht in jedem Fall die gesetzliche; - so aber Hueck-Nipperdey, Band I, § 59 V 2 S. 594 mwN; sie kann nur dann gelten, wenn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für eine vereinbarte lange Kündigungsfrist nicht zumutbar ist; - in den Fällen des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung muß - sofern die Einhaltung dieser Frist zumutbar ist - gerade diese ansonsten bestehende vertragliche bzw. tarifvertragliche Frist gewahrt werden, da ansonsten eine Veränderung gegenüber dieser - ohne den besonderen Schutz bestehenden - Rechtsstellung eintreten würde.

<sup>2</sup> vgl. dazu etwa BAG vom 19.1.1973 - 2 AZR 103/72 AP Nr. 5 zu § 626 BGB Ausschußfrist B1 2 R unter 2., wo es heißt: "... Wenn neben der Kündigung aus wichtigem Grunde iSd § 626 Abs. 1 BGB, bei der keine Frist eingehalten zu werden braucht ..."

Dazu ist erforderlich, zuerst einmal auf die Entwicklung des Rechts der außerordentlichen Kündigung und die Gründe für ihre Kodifikation in Form einer Generalklausel einzugehen:

- a) Entwicklung des Rechts der außerordentlichen Kündigung seit dem Entstehen des BGB
- 

Der § 626 BGB - als inzwischen zentrale Vorschrift für das Recht der außerordentlichen Kündigung<sup>1</sup> - baut auf auf den § 626 BGB aF, der im Rahmen des BGB am 1.1.1900 in Kraft trat. Der Kodifikation dieser Vorschrift waren vorausgegangen umfangreiche Vorarbeiten in verschiedenen Kommissionen, denen als Materialien die bisherige Doktrin und Praxis, die Gesetzbücher Preußens (Preuß. ALR), Österreichs (Oster. BGB), Sachsens (Sächs. GB), und der Code civil, die Entwürfe von Hessen, Bayern und der Dresdner Entwurf sowie die reichsgesetzlichen Bestimmungen des HGB, der Seemannsordnung (vom 17.12.1872), der GewO (in der Redaktion des Gesetzes vom 17.6.1972) und der deutschen Konkursordnung zugrunde lagen<sup>2</sup>.

Von Interesse für die außerordentliche befristete Kündigung sind vor allem der Bayerische und der Dresdner Entwurf:

Der Dresdner Entwurf deshalb, weil verschiedene seiner Abschnitte - vor allem auch seine Ausarbeitung des Dienst-

---

<sup>1</sup> seit dem Inkrafttreten des 1. Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes am 1.9.1969, durch das die bisher in verschiedenen Gesetzen enthaltenen Sondervorschriften aufgehoben wurden, ist das Recht der außerordentlichen Kündigung in § 626 BGB vereinheitlicht; - vgl. dazu BGBI. I, 1106 sowie BT-Drucksache V, Nrn. 3913 und 4376.

<sup>2</sup> vgl. dazu im einzelnen: Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Kommission, Redaktoren-Motive nebst Vorlagen - Schuldverhältnisse II, insbesondere zu den Bestimmungen über die Dienstverdingung, die Werkverdingung und den Maklervertrag unter Zugrundelegung des Dresdner Entwurfs Art. 614 - 655, 675 - 680 insbesondere S. 69 ff.

vertrages - den Beratungen der 1. Kommission zugrundegelegt wurden <sup>1</sup>.

Am Bayerischen Entwurf ist interessant, daß er im Rahmen der außerordentlichen Kündigung - damals noch unter dem Begriff des einseitigen Abgehens vom Verträge - bereits "betriebsbedingte" Gründe berücksichtigte und daß für diese Fälle ausdrücklich eine Befristung der außerordentlichen Kündigung vorgesehen war. Im einzelnen:

Nach Art. 502 des Bayerischen Entwurfs sollte der Dienstherr zur außerordentlichen Kündigung ausdrücklich auch dann berechtigt sein, wenn er durch erhebliche Einschränkung seines Haushalts oder Geschäfts dazu genötigt war. Hinzu kommen mußte als weitere Voraussetzung, daß der Dienstvertrag auf längere Zeit eingegangen war <sup>2</sup>.

In diesem Falle sollte er den Vertrag zwar "sofort kündigen", jedoch erst am "nächsten ortsüblichen Ziele oder wenn dasselbe weniger als 14 Tage entfernt ist am darauffolgenden Ziele oder wo kein solches besteht, nach Ablauf eines Monats von der Kündigung an gerechnet, den Vertrag aufheben" können <sup>3</sup>.

Auch der dem Art. 630 des Dresdner Entwurfs zugrundeliegende Art. 686 der Vorlage enthielt als 1. Alternative die Möglichkeit einer einseitigen Auflösung des Vertrags vor Ablauf der Dienstzeit für den Fall, daß der Dienstherr durch Zufall in Vermögensverfall geraten war. Allerdings war dort für diesen Fall eine Frist nicht vorgesehen <sup>4</sup>.

Dies gab bereits in erster Lesung Veranlassung zu einer längeren Debatte, bei der es nach heutiger Terminologie von der Sache her um die gesetzliche Festschreibung einer

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, aaO S. 80 ff.

<sup>2</sup> vgl. dazu Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, aaO S. 73 unter 7.

<sup>3</sup> vgl. dazu Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, aaO S. 73.

<sup>4</sup> vgl. dazu Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, aaO S. 80.

außerordentlichen befristeten Kündigung von Arbeitsverhältnissen mit langer Bindung aus objektiven im Betrieb liegenden Gründen ging:

"Von einer Seite wurde beantragt <sup>1</sup>, an Stelle der ersten Alternative die Bestimmung in Art. 502 des Bayerischen Entwurfs als Art. 668a mit der Änderung aufzunehmen, daß am Schluß des ersten Absatzes die Worte: ... oder wo kein solches besteht, nach Ablauf eines Monats von der Kündigung an gerechnet" durch die Fassung ersetzt werden:" und wo kein solches für die verdungene Dienstleistung besteht, nach Ablauf von 6 Monaten u.s.w.". Von der anderen Seite wurde dagegen die Streichung des hier in Frage stehenden Rücktrittsgrundes beantragt. Der Urheber des ersten Antrages machte zur Begründung desselben geltend: Der erste im Art. 668 angeführte Grund beruhe nicht, wie zum größten Teil die folgenden Gründe, auf einer vom Dienstverdingter begangenen Vertragswidrigkeit, sondern sei zu Gunsten des Dienstherrn eingeführt, um diesen von einer mit seinem unverschuldeten Vermögensverfall, nämlich auch außer dem Falle der Konkursmöglichkeit, und mit der ihm hierdurch auferlegten Einschränkung seines Hausstandes unvereinbarlichen und unerschwinglichen Last zu befreien. Die Billigkeit erfordere, daß bei diesem Grunde des einseitigen Vertragsrücktritts von Seiten des Dienstherrn dem Dienstverdingter zur Aufsuchung eines anderweitigen, meist seine Existenz bedingenden Dienstverhältnisses eine angemessene Zeit gelassen werde. Es müsse daher in diesem Falle der Dienstherr den Dienstverdingter von dem Zeitpunkte an, in welchem er diesem seinen Entschluß kundgebe, auf den bezeichneten Grund hin das Vertragsverhältnis aufgeben zu wollen, noch eine angemessene Zeit in seinem Dienste behalten. Dieser Billigkeitsrücksicht trage der Art. 502 des Bayerischen Entwurfs mit der beantragten Änderung Rechnung. Die vorgeschlagene Fassung enthalte namentlich als Voraussetzung, daß der Dienstvertrag auf längere Zeit eingegangen sei, und für solche Fälle sei die fragliche Bestimmung sicher durch alle Gründe der Billigkeit unterstützt. Man solle nur an Fälle denken, in welchen der Dienstherr Dienende der höheren Kategorie, wie z.B. einen Erzieher, einen Haushofmeister, mit welchen Personen in der Regel Kontrakte auf mehrere Jahre abgeschlossen würden, angenommen habe. Für Dienende dieser Kategorie beständen keine ortsüblichen Ziele, deshalb sei der längere Zeitraum von 6 Monaten, welcher der Aufhebung des Vertrages voranzugehen habe, in den Vorschlag aufgenommen, um durch den bezeichneten Rücktrittsgrund auch die Interessen des Dienstverdingers nicht zu verletzen.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, aaO S. 80 ff unter IV., "Die Materialien aus den Verhandlungen der Dresdner Kommission."

Von anderen Seiten wurde dagegen der hier fragliche Rücktrittsgrund überhaupt bekämpft. Derselbe passe nur, wo es sich um fortgesetzte Dienste, in der Regel also um häusliche Dienstleistungen handle. Fälle dieser Art würden aber in den Partikulargesindeordnungen, welche der Art. 607 (Art. 632 d.E. zweiter Lesung) vorbehalte, gewahrt sein. Dazu komme, daß mit dem "Vermögensverfall" die Voraussetzung nicht genügend bezeichnet werde, unter welcher der Dienstherr vom Vertrage solle abgehen können, weil sich weder der Eintritt des Vermögensverfalls überhaupt noch der Moment seines Eintritts mit Sicherheit fixieren lasse, es daher fast nur von dem Ermessen des Dienstherrn abhängige, ob er überhaupt und wann er den Zeitpunkt, um dem Vertrage abzugehen, für gekommen erachte. Auch wenn man jenem Zeitpunkte den der Konkurseröffnung substituieren wollte, würde dennoch dieser Ausweg nicht für gerechtfertigt erachtet werden können, weil der Vermögensverfall wie der Konkurs ein Faktum sei, welches, wenn es auch nicht immer auf einer Verschuldung des Dienstherrn beruhe doch in dessen Person eintrete und daher mindestens den Dingen nicht zum Rücktritt berechtigen könne. Die Mehrheit der Kommission trat diesen letzteren Ausführungen bei und wurde deshalb die erste Alternative des Art. 668 mit 5 Stimmen gestrichen.

Bei der zweiten Lesung wurde dieselbe Frage durch den Antrag, dem Art. 630 d.E. 2. Lesung folgenden Zusatzartikel beizufügen, von Neuem angeregt:

"Ist der Dienstherr durch Unglücksfälle zu einer erheblichen Einschränkung seines Haushalts oder Geschäfts genötigt, so kann er auch bei einer auf längere Zeit eingegangenen Dienstverdingung den Vertrag sofort kündigen und am nächsten ortsüblichen Ziele oder, wenn dasselbe weniger als 14 Tage entfernt ist, am darauffolgenden Ziele oder, wo kein solches besteht, nach Ablauf eines Monats, von der Kündigung an gerechnet, den Vertrag aufheben.

Dasselbe Recht stehe beim Tode des Dienstherrn den Erben desselben zu."

Der Antragsteller suchte den Vorschlag unter Bezugnahme auf den Art. 502 des Bayerischen Entwurfs und dessen Motive S. 164 aus Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsrücksichten zu rechtfertigen. Gegen den Antrag wurde erinnert, daß er, soweit er sich auf Gesindeverhältnisse beziehe, nicht hierher gehöre, und soweit er die Verhältnisse zwischen Geschäftsherren und Geschäftsgehilfen berühre, dem HGB widerspreche, daß aber in den übrigen Fällen nicht abzusehen sei, wie eine Verschlechterung der Vermögensverhältnisses des Dienstherrn den Dienstverdingen in seinen dem Ersteren gegenüber erworbenen Rechten beeinträchtigen solle. Zudem stimme die fragliche Vorschrift des Bayerischen Entwurfs auch nicht einmal mit den Vorschriften der anderwärts bestehenden Gesinde- und Konkursordnung überein. Obwohl der Antragsteller noch geltend machte, daß die allgemeine Bestimmung in Art. 62 Abs. 2 des HGB auch den Fall umfasse, in welchem den Dienstherrn ein Zufall treffe

würde der Antrag mit allen Stimmen gegen die des Antragstellers abgelehnt <sup>1</sup>."

Interessant an diesen Debatten ist, daß der Antrag auf Aufnahme "einer außerordentlich befristeten Kündigung" in den Dresdner Entwurf nur als formalen gesetzestechischen und nicht etwa daran scheiterte, daß die Kommission gegen die Einräumung einer Frist in diesem Fall der außerordentlichen Kündigung gewesen wäre.

b) Regelung in Form einer Generalklausel - Kodifikatorische Gründe des Gesetzgebers

Im Verlauf der weiteren Entwicklung verdient vor allem der Umstand Beachtung, daß die außerordentliche Kündigung schließlich in Form einer Generalklausel im BGB einging <sup>2</sup> und daß inzwischen - seit 1969 - das gesamte Recht der außerordentlichen Kündigung in dieser Form in § 626 BGB konzentriert ist <sup>3</sup>.

Interessant sind dabei vor allem die Gründe, die den Gesetzgeber zur Wahl dieser Kodifikationsmethode veranlaßt haben.

aa) Regelung in Form einer Generalklausel beim Inkrafttreten des BGB

Bereits der Art. 630 des Dresdner Entwurfs, der eine beispielhafte Aufzählung von Gründen enthalten hatte, wurde nicht in den endgültigen Entwurf der 1. Kommission übernommen. Dies deshalb, weil man bei den Beratungen der Kommission zu der Überzeugung gekommen war,

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, aaO S. 82.

<sup>2</sup> vgl. dazu § 626 BGB aF, der im Rahmen des BGB am 1.1. 1900 in Kraft trat.

<sup>3</sup> vgl. dazu BGBI I, 1106 sowie BT-Drucksache V, Nrn. 3913 und 4376.

daß die Verträge, auf welche Rücksicht zu nehmen sei, so verschiedener Art wären, daß eine erschöpfende Aufstellung der einzelnen Gründe oder auch nur einiger Beispiele<sup>1</sup> sich als nicht ausführbar erweise. Man ging davon aus, daß das eine wie das andere mit Aussicht auf Erfolg nur möglich sei, wenn die Regelung auf gewisse Arten von Verträgen beschränkt sei, folglich in den Bereich der einzelnen Spezialgesetze eingegriffen würde. Einen entsprechenden Beweis hierfür lieferten die Art. 501 - 503 des Bayerischen und die Art. 630 und 631 des Dresdner Entwurfs. Die darin enthaltenen Einzelheiten paßten sichtbar nicht für alle Arten von Dienstverträgen und überwiegend nur für solche, welche der Regelung durch Spezialgesetze anheimfallen.

Man entschied sich deshalb für den Standpunkt, daß das Gesetz sich an der vorliegenden Stelle, wo der Dienstvertrag im allgemeinen geregelt werde, darauf zu beschränken habe, "das Prinzip auszusprechen, daß wichtige Gründe das fragliche Recht verleihen". Welche Gründe als wichtige anzusehen seien, dürfe der "richterlichen Würdigung überlassen" werden. Es könne darauf vertraut werden, daß hieraus "besondere Übelstände nicht entspringen würden"<sup>2</sup>.

Aufgrund der "großen Schwierigkeiten, denen die nähere Bestimmung der Gründe unterliegt, welche zu dem Rücktritte von dem Verträge berechtigen sollen"<sup>3</sup>, beließ es die 2. Kommission bei der Generalklausel, die dann als § 565 Abs. 1 des 2. Entwurfs mit dem Wortlaut:

"Das Dienstverhältnis kann von jedem Teil ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt"

dem Reichstag vorgelegt und schließlich unverändert als § 626 in die endgültige Fassung des BGB aufgenommen wurde.

Dazu war in 2. Lesung noch einmal festgestellt worden, daß eine nähere gesetzliche Feststellung der die Kündi-

---

<sup>1</sup> der § 630 des Dresdner Entwurfs hatte folgenden Wortlaut: "Der Dienstherr kann vor Ablauf der Dienstzeit das Vertragsverhältnis einseitig auflösen, wenn der Dienstverdingter sich einer erheblichen Verletzung seiner Vertragspflicht, insbesondere einer Untreue oder groben Fahrlässigkeit bei dem Dienste schuldig macht oder wenn der Dienstverdingter, welcher häusliche Dienste zu leisten hat, mit einem Ekel erregenden oder ansteckenden Übel behaftet ist und dieses bei Schließung des Vertrages verschwiegen hat oder er sich ein solches während der Dienstzeit zuzieht".

<sup>2</sup> vgl. dazu Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich, 1. Lesung 1880, S. 123.

<sup>3</sup> vgl. dazu BGB-Komm. von Haidlen, S. 692 mwN.

gung rechtfertigender Umstände bei der Mannigfaltigkeit der Verhältnisse, für welche die Vorschrift gelten soll, ausgeschlossen sei. Die Berechtigung des im einzelnen Falle geltend gemachten Kündigungsgrundes müsse der richterlichen Beurteilung überlassen werden. Ein Verschulden des anderen Teiles sei zur Begründung dieses außerordentlichen Kündigungsrechtes nicht erforderlich<sup>1</sup>.

Wenn aber gerade auch in der Begründung des Entwurfs der II. Kommission und der Reichstagsvorlage klar zum Ausdruck kam, daß das Recht der außerordentlichen Kündigung ein Verschulden des anderen Teils nicht vorausgesetzt, dann bedeutet dies, daß nach dem Willen des Gesetzgebers auch objektive Gründe zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigen können sollten. -

Da aber - wie oben dargestellt - die außerordentliche Kündigung aus objektiven Gründen von der Sache her normalerweise keine sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses erfordert, hätte das Prinzip, auf das auszusprechen sich der Gesetzgeber bewußt beschränkte, nur lauten können, daß im Falle des Vorliegens eines wichtigen Grundes "außerordentlich" und nicht, daß "fristlos" gekündigt werden kann.

Eine solche Formulierung konnte der Gesetzgeber jedoch deshalb nicht wählen, weil er - um die Bestimmung praktisch anwendbar zu machen - für den Fall des Vorliegens eines wichtigen Grundes eine konkrete Rechtsfolge zur Verfügung stellen mußte.

Da ihm aber die dazu notwendigen Differenzierungen fehlten, stand dem Gesetzgeber nur die Möglichkeit offen, für alle Fälle der außerordentlichen Kündigung eine einheitliche Rechtsfolge bereitzustellen, obwohl aus den Erörterungen in den Kommissionen bekannt war, daß eine Rechtsfolge nicht für alle Fälle paßte.

bb) Situation vor Inkrafttreten des 1. Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes

---

In einer ähnlichen Situation befand sich der Gesetzgeber des ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes:

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Materialien zum BGB, Entwurf II und Reichstagsvorlage S. 95.

Zwar konnte er mit dem Zumutbarkeitsprinzip, das sich inzwischen in Literatur <sup>1</sup> und Rechtsprechung <sup>2</sup> herausgebildet hatte, der besonderen Bedeutung einer langen Bindung "... vereinbarte Dauer der Bindung ..." im Tatbestand des § 626 Abs. 1 BGB Rechnung tragen.

Für eine besondere Berücksichtigung der Fälle, in denen sich die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses aus der über die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist hinausgehenden Bindung ergibt, auf der Rechtsfolge-seite des § 626 Abs. 1 BGB fehlten ihm aber ebenso wie dem Gesetzgeber des BGB die notwendigen Differenzierungen <sup>3</sup>.

Dabei wäre z.Zt. des Inkrafttretens des Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes eine besondere Behandlung der außerordentlichen Kündigung langfristiger Arbeitsverhältnisse - insbesondere aus personen- bzw. betriebsbedingten Gründen - wegen des Wandels, der sich in der Beurteilung der Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung inzwischen vollzogen hatte, besonders angezeigt gewesen.

Deutlich wird dies etwa am Beispiel der außerordentlichen Kündigung wegen Krankheit: Entsprach es z.Zt. des Inkrafttretens des BAG - wie es am damaligen § 123 Abs.1 Z.8 GewO deutlich wird - noch durchaus der allgemeinen Rechtsauffassung, daß eine langanhaltende Krankheit den Arbeitgeber

---

<sup>1</sup> vgl. dazu etwa Nikisch, Band I § 50 II 1, S. 724 mit dem Hinweis auf die allgemein anerkannte Begriffsbestimmung und weiteren Nachweisen; Hueck-Nipperdey, Band I § 59 III 1 S. 582 mwN.

<sup>2</sup> vgl. dazu insbesondere BAG vom 3.11.1955 - 2 AZR 39/54 bzw. vom 15.12.1955 - 2 AZR 239/54, AP Nrn. 4 und 6 zu § 626 BGB.

<sup>3</sup> Vielmehr werden in Rechtsprechung und Literatur recht unterschiedliche Positionen bereits im Grundsätzlichen, also bei der Frage vertreten, ob eine außerordentliche Kündigung mit zwingender Frist "neben" § 626 Abs. 1 BGB überhaupt möglich ist; - vgl. dazu BAG vom 8.11.1957 - 3 AZR 124/55 bzw. 3 AZR 135/55 AP Nrn. 15 und 16 und auch noch BAG vom 19.1.1973 - 2 AZR 103/72 AP Nr. 5 zu § 626 BGB Ausschußfrist einerseits und insbesondere G. Hueck, Ann zu BAG AP Nr. 15 und 16; Nikisch, Band I § 50 IV 4 S. 746, der auf die unterschiedlichen Positionen von Literatur und Rechtsprechung hinweist; - sowie Hueck-Nipperdey, Band I § 59 2 S. 594, andererseits.

zu einer fristlosen Kündigung auch ordentlich kündbarer Arbeitsverhältnisse berechtigt, kann in solchen Fällen heute höchstens noch ordentlich gekündigt werden<sup>1</sup>. Mit der Beibehaltung der undifferenzierten Rechtsfolge der fristlosen Kündigung für alle Fälle der außerordentlichen Kündigung blieben jedoch die normativen Bedingungen für das oben erwähnte paradoxe Ergebnis bestehen, daß sich die Parteien in bestimmten Fällen um so eher vom Vertrag lösen können, je stärker sie sich binden wollten<sup>2</sup>.

- c) Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion  
- am normativen Gesetzessinn orientierte Gesetzeskorrektur<sup>3</sup>
- 

Wenn der Gesetzgeber aber eine vom Normaltatbestand abweichende Fallgruppe, die von der ratio legis nicht erfaßt wird, nicht so berücksichtigt hat, wie es wertungsmäßig erforderlich wäre, läßt das Fehlen einer entsprechenden Einschränkung die Vorschrift nach der ihr immanen Teleologie als unvollständig erscheinen<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Stahlhake aaO S. 99 Rdnr. 243.

<sup>2</sup> vgl. dazu Hueck-Nipperdey § 59 V 2 S. 594.

<sup>3</sup> vgl. dazu Larenz, Methodenlehre insbesondere S. 296, 369 ff, 374 ff; Esser Grundsatz und Norm S. 3, der die Entscheidung des RG I ZS. vom 2.2.1889 - RGZ 24,40 zitiert, wo es heißt: "... Es ist eine für den Gesetzgeber nicht erfüllbare Aufgabe, jedes allgemeine Gesetzesprinzip mit solcher Klarheit in einem Satz auszusprechen, daß sich aus diesem Satz durch einfache Schlußfolgerung die Konsequenzen für alle besonders gearteten, von dem betreffenden Prinzip beherrschten Fälle entwickeln lassen. Es ist ferner nicht die Aufgabe des Gesetzgebers, für jedes sich gestaltende Lebensverhältnis eine besondere Norm zu setzen. Es ist schließlich nicht des Gesetzgebers Sache, an alle juristisch-technisch möglichen Formen zu denken, vermöge welcher die Ziele des Gesetzes vereitelt werden könnten. Es ist vielmehr Sache der Jurisprudenz, die nicht in einer allgemeinen Norm konzentriert in dem Gesetze ausgesprochenen Grundprinzipien des Gesetzes zu Tage zu fördern und auf die im Leben hervortretenden, im Gesetze nicht besonders hervorgehobenen, unter das betreffende Prinzip fallenden Fälle anzuwenden."

<sup>4</sup> vgl. dazu Larenz, Methodenlehre, S. 369 ff.

Die Ausfüllung einer solchen Lücke erfolgt im Wege der teleologischen Reduktion <sup>1</sup>.

Für die in § 626 Abs. 1 BGB für alle Fälle der außerordentlichen Kündigung bereitgestellte Rechtsfolge würde dies bedeuten, die fristlose Kündigung im Wege der Rechtsfortbildung auf die Fälle zu beschränken <sup>2</sup>, in denen zur ausreichenden Sicherung der Interessen des Betriebes eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist, also im Grunde auf die Fälle der außerordentlichen Kündigung wegen schuldhafter Pflichtverletzung.

Dem normativen Gesetzsinn entsprechend bliebe damit in den Fällen, bei denen sich die Unzumutbarkeit aus einer über die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist hinausgehenden Bindung ergibt, der Anspruch auf Einhaltung dieser Frist <sup>3</sup> bestehen <sup>4</sup>.

d) Bewußte Regelung in Form einer Generalklausel - gesetzgeberische Ermächtigung zur Rechtsfortbildung

---

Man kann jedoch davon ausgehen, daß die Voraussetzungen für eine Rechtsfortbildung nicht nur objektiv vorliegen, sondern daß die teleologische Reduktion der Rechtsfolge-

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Larenz aaO, S. 296 ff, 369 ff (374f).

<sup>2</sup> vgl. dazu oben C II.

<sup>3</sup> vgl. dazu Larenz aaO, S. 369.

<sup>4</sup> Im Ergebnis ebenso Pleyer, Anm zu BAG AR-Blattei Kündigung VIII E 10, wonach man eine Lücke in der gesetzlichen Regelung bejahren müsse. Diese gehe wohl von dem typischen Fall aus, daß die fristlose Kündigung neben die Auflösung unter Einhaltung der gesetzlichen, tariflichen oder ähnlich langer Fristen trete. Die vorzeitige Lösung langfristig unkündbarer Verträge sei also nur scheinbar, in Wahrheit aber doch nicht erschöpfend erfaßt. Die Möglichkeit, daß die sofortige Lösung gegenüber den normalen Beschäftigungsverhältnissen erleichtert werde, wenn man bei Verträgen mit z.B. ein- oder mehrjähriger Kündigung - entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes - nur die fristlose Kündigung zulasse, sei offenbar nicht bedacht. Es handele sich um eine uneigentliche oder Entscheidungslücke ( - mit Hinweis auf Bartholomeyczik, "Die Kunst der Gesetzesauslegung", 1951, S. 82 ff, (93)) Der Schutz des Arbeitnehmers - hier vor der Gefahr, die fristlose Kündigung zu begünstigen - fordere dann die Entwicklung einer besonderen Mittellösung, nämlich die differenzierte Behandlung der wichtigen Gründe (nicht etwa eine vorzeitige Auflösung ohne wichtigen Grund - vgl. A. Hueck, ARS Band 16, S. 482).

seite des § 626 BGB vom Willen des Gesetzgebers des BGB und des Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes 1969 mitumfaßt wurde bzw. mitumfaßt wird:

Der Gesetzgeber des BGB verband mit seiner Kodifikation der außerordentlichen Kündigung, die sich bewußt darauf beschränkte, "das Prinzip auszusprechen", die Hoffnung, daß es der richterlichen Würdigung überlassen werden dürfe, welche Gründe als wichtig anzusehen seien und daß darauf vertraut werden könne, daß hieraus besondere Übelstände nicht entspringen würden <sup>1</sup>.

Da aus den Verhandlungen insbesondere der ersten Kommission, die besondere Problematik der Befristung außerordentlicher Kündigungen von Arbeitsverhältnissen mit langfristiger Bindung aus objektiven Gründen auf Seiten des Arbeitgebers bekannt war <sup>2</sup>, kann schon allein wegen der Wechselbezüglichkeit von Voraussetzung und Rechtsfolge bei der außerordentlichen Kündigung davon ausgegangen werden, daß auch die Rechtsfolgesseite von der Weiterentwicklung des Rechts der außerordentlichen Kündigung und der näheren Ausgestaltung durch den Richter nicht angenommen werden sollte <sup>3</sup>.

Noch deutlicher äußerte sich der Gesetzgeber des Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes: Er verband mit der Neufassung des § 626 BGB auch das Anliegen, der Rechtsprechung in verstärktem Maße die Möglichkeit der Rechtsfortbildung geben, wobei er davon ausging, daß die gesetzliche Aufzählung der einzelnen Kündigungsgründe, die zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigen (so z.B. im HGB und in der GewO) sich wegen des stetigen Wandels der tat-

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Entwurf e. BGB, 1. Lesung 1888, aaO S. 123.

<sup>2</sup> vgl. dazu Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch aaO, S. 80 f.

<sup>3</sup> vgl. dazu Reinhardt, RdA 50, 87, der für das Arbeitsrecht den allgemeinen Satz entwickelt hat, daß zwischen dem Kündigungsgrund und den Kündigungswirkungen eine bestimmte Verhältnismäßigkeit bestehen müsse; vgl. auch oben C 1 und 2.

sächlichen Gegebenheiten als unzumutbar erwiesen habe <sup>1</sup>.

Die gesetzestechnischen Möglichkeiten für die Rechtsfortbildung gewährleistete er dabei - wie schon der Gesetzgeber des BGB - dadurch, daß er das Recht der außerordentlichen Kündigung in Form der Generalklausel kodifizierte:

- Was hier in Wirklichkeit geschieht, ist die Überlassung der Normgestaltung an den Richter <sup>2</sup>. Die Kodifikationstechnik verhüllt dabei, daß die autonomen Wertprinzipien, die hier als "Fenster" in das Ordnungschema des Gesetzes eingebaut sind, kein materielles Regelrecht des Gesetzgebers darstellen, sondern "starting-points" oder "Aufhänger" für die konkrete richterliche Rechtsfortbildung <sup>3</sup>.

Dadurch können aber - entsprechend der vom Gesetzgeber mit der Verabschiedung des Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes geäußerten Hoffnung, auf diese Weise zu einer schrittweisen Anpassung des Arbeitsrechts an die Fortentwicklung der modernen Industriegesellschaft zu gelangen <sup>4</sup>

- die Entwicklungen, die sich auf dem Gebiet der außerordentlichen Kündigung - auch auf der Rechtsfolgeseite - inzwischen vollzogen haben, im Rahmen einer Rechtsfortbildung berücksichtigt werden.

Vor diesem Hintergrund ist der Wandel von Bedeutung, der sich insbesondere bei Kündigungen aus objektiven in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen vollzogen hat:

1. Ein Beispiel ist die bereits oben <sup>5</sup> angedeutete veränderte Beurteilung einer langanhaltenden Krankheit gegen-

---

<sup>1</sup> vgl. schriftlicher Bericht, BT-Drucksache V, Nr. 4352, 3913 und 4376.

<sup>2</sup> vgl. dazu Esser, Grundsatz und Norm, S. 150; ebenso Lorenz, Methodenlehre, S. 139 mit Hinweis auf Esser aaO.

<sup>3</sup> vgl. dazu Esser aaO, S. 151, Lorenz aaO, S. 140.

<sup>4</sup> vgl. dazu AuR 69, 239.

<sup>5</sup> vgl. dazu oben C II 1a bb mit Hinweis auf Stahlhacke, RdNr. 243, S. 99, wo es dazu sehr anschaulich heißt: "... Ist aber schon die fristgerechte Kündigung wegen Krankheit nicht so ohne weiteres möglich, so gilt das erst recht von der fristlosen Kündigung."

über der früheren Regelung etwa in § 123 Abs. 1 Ziff. 8 GewO<sup>1</sup>.

Ähnliches gilt für betriebsbedingte<sup>2</sup> Gründe: War es bspw. für die Redaktoren des Dresdner Entwurfs noch durchaus akzeptabel, daß im Falle des "unverschuldeten Vermögensverfalls des Dienstherrn ein einseitiges Abgehen vom Vertrage vor Ablauf der Dienstzeit zulässig"<sup>3</sup> sein sollte, läßt sich eine solche Konsequenz mit den inzwischen gewachsenen Vorstellungen - wie sie vor allem auch im BetrVG zum Ausdruck kommen<sup>4</sup> - nicht mehr vereinbaren.

2. Deutlich wird dies daran, daß in den Fällen der außerordentlichen Kündigung aus objektiven in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen - trotz der nach dem Wortlaut des § 626 Abs. 1 BGB bestehenden Möglichkeit der fristlosen Kündigung - dem außerordentlich gekündigten Arbeitnehmer - soweit ersichtlich<sup>5</sup> - regelmäßig "freiwillig" eine Sozialfrist eingeräumt wird.

---

<sup>1</sup> Ähnliche Regelungen bestanden jedoch auch in § 72 I Ziff. 3 HGB und § 133c I Ziff. 4 GewO; vgl. dazu etwa Nikisch, Band I § 50 III A 7., S. 739; - wie unbefriedigend diese Regelungen bereits 15 Jahre vor ihrer Aufhebung durch das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz empfunden wurden, wird deutlich an der Entscheidung des BAG vom 9.12.1954 - 2 AZR 46/54 BAGE 1,237 (239), wo der Versuch unternommen wurde, durch Einbeziehung des Zumutbarkeitsprinzips in den § 123 I Ziff. 8 GewO der geänderten Rechtsauffassung zum Durchbruch zu verhelfen. Dieser Weg wurde von der Literatur überwiegend abgelehnt; vgl. dazu Nikisch aaO, S. 739 f F8n. 100.

<sup>2</sup> vgl. dazu Stahlhacke, RdNr. 237, S. 97 mit Hinweis auf BAG AP Nr. 16 zu § 626 BGB, wonach auch Betriebsstilllegung grundsätzlich kein Grund für eine außerordentliche Kündigung ist.

<sup>3</sup> vgl. dazu Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch aaO, S. 80.

<sup>4</sup> vgl. dazu etwa die §§ 111 f BetrVG.

<sup>5</sup> vgl. dazu etwa die in AP zu § 626 BGB abgedruckten Entscheidungen des BAG vom 3.11.1955 - 2 AZR 39/54, vom 8.11.1957 - 2 AZR 124/55 bzw. 136/55, vom 16.7.1959 - 1 AZR 193/57, vom 19.1.1973 - 2 AZR 103/72, AP Nrn. 4,15 bzw. 16 31 zu § 626 BGB sowie Nr. 5 zu § 626 BGB "Ausschlußfrist"; ebenso wurde in den bereits zitierten Entscheidungen des ArbG Stuttgart vom 25.6.1976 - 14 Ca 168/76 und vom 28.4.1976 - 10 Ca 841/75 - beide nicht veröffentlicht - eine Sozialfrist gewährt; eine Ausnahme davon bildet der - nach der Entscheidung des BAG vom 9.7.1964 - 2 AZR 419/63 AP Nr. 52 zu § 626 BGB zugrundeliegende Fall, wo einem unkündbaren Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes wegen Krankheit tatsächlich außerordentlich und fristlos gekündigt worden war.

3. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist, daß auch die Rechtsprechung diese Tendenz unterstützt und die "freiwillige Sozialfrist" trotz der davon auf die Interessenabwägung ausgehenden Auswirkungen zugelassen hat<sup>1</sup> und dies, obwohl sie andererseits gerade wegen dieser Auswirkungen die notwendig befristete außerordentliche Kündigung ablehnt<sup>2</sup>.

Maßgebend dafür sind die veränderten sozialen Bedingungen, die sich aus den politischen Umwälzungen nach 1918 und aus der wirtschaftlichen Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland - unter der Geltung des GG - als sozialem Rechtsstaat ergeben haben. Sichtbare Marksteine dieser Entwicklung waren die Einführung eines Kündigungsschutzes durch das Betriebsrätegesetz im Jahre 1920 und das Kündigungsschutzgesetz im Jahre 1951.

4. Von besonderer Bedeutung in diesem Rahmen ist auch die Entwicklung der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes:

Bemerkenswert in diesem Zusammenhang sind etwa der § 16 Abs. 5 TOA, wonach

- einem unkündbaren Angestellten unter bestimmten Voraussetzungen auch bei Verminderung der Dienstfähigkeit, dann aber nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Schluß eines Kalendervierteljahres gekündigt werden konnte<sup>3</sup>,

oder der § 60 Abs. 2 MTB-II, wonach

- einem nur noch außerordentlich kündbaren Arbeiter aus dringenden dienstlichen oder betrieblichen Erfordernissen eine Änderungskündigung nur unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten zum Schluß eines Kalendervierteljahres ausgesprochen werden kann<sup>4</sup>,

aus zweierlei Gründen: Zum einen wird in diesen Tarifverträgen dem Umstand Rechnung getragen, daß auch objektive in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit einem "unkündbaren" Arbeitnehmer auf Dauer unzumutbar

---

<sup>1</sup> vgl. dazu etwa BAG vom 8.10.1957 - 3 AZR 136/55 AP Nr. 16 zu § 626 BGB B1 4 V; sowie ArbG Stuttgart vom 15.6.1976 - 14 Ca 168/76 - nicht veröffentlicht -, wo es heißt: "... Ein weiterer, wenn auch in Anbetracht der Erkrankung nicht besonders ins Gewicht fallender Umstand, der die Härte der außerordentlichen Kündigung etwas mildern kann, ist darin zu sehen, daß die Beklagte die für eine ordentliche Kündigung vorgesehene Kündigungsfrist eingeräumt hat.

<sup>2</sup> vgl. dazu etwa BAG vom 19.1.1973 - 2 AZR 103/72 AP Nr. 3 zu § 626 BGB Ausschußfrist, B1 2 R unter 2..

<sup>3</sup> vgl. dazu oben A I 1b.

<sup>4</sup> vgl. dazu oben A I 1d (2).

machen können<sup>1</sup>; zum anderen wird die dadurch mögliche Differenzierung genutzt, unkündbaren Arbeitnehmern im Falle einer außerordentlichen Kündigung aus objektiven in ihrer Person liegenden Gründen die Frist zu gewähren, auf die sie - ohne die lange Bindung - einen Anspruch hätten.

Aus diesem Grunde würde mit der Anerkennung der außerordentlichen notwendig befristeten Kündigung im Grunde nur nachvollzogen, was in weiten Bereichen der Praxis gefestigte Übung ist.

Aufgrund der typischen Interessenlage und der vom Willen des Gesetzgebers getragenen Legitimation zur Rechtsfortbildung steht somit der Wortlaut des § 626 Abs. 1 der Anerkennung einer außerordentlichen, notwendig befristeten Kündigung in den Fällen nicht entgegen, in denen sich der wichtige Grund erst aus der über die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist hinausgehenden Bindung ergibt<sup>2</sup>.

## 2. Befristete außerordentliche Kündigung - außerordentliche Kündigung aus minderwichtigem Grund?

Die Anerkennung eines Anspruchs auf Einräumung einer Frist im Falle der außerordentlichen Kündigung von Arbeitsverhältnissen mit langer Bindung entspricht der bei weitem Überwiegenden Meinung in der Literatur<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu auch schon den § 43 Abs. 2 RAT wo es hieß: "Nach einer ununterbrochenen Dienstzeit von 10 Jahren darf eine Kündigung nur noch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes erfolgen, der sowohl in der Person des Angestellten wie in den Verhältnissen der Verwaltung liegen kann; als solcher gilt insbesondere Wegfall oder erhebliche Einschränkung der dienstlichen Aufgaben oder der zu ihrer Erfüllung im Haushaltsgesetz bewilligten Mittel." - vgl. dazu oben A I 1a aa.

<sup>2</sup> Ähnlich Hueck-Nipperdey, I 59 V 2 S. 594, der zu dem Ergebnis kommt, daß man "... in solchen Fällen das Gesetz frei auslegen und eine außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist zulassen ..." müsse.

<sup>3</sup> vgl. dazu etwa Nikisch, Band I § 50 IV 4 S. 746 mwN - vor allem auch auf die ältere Literatur; G. Hueck, Anm zu BAG AP Nrn. 15 und 16 zu § 626 BGB; Zöllner, Arbeitsrecht, § 22 III 6a, S. 190; Hueck-Nipperdey, Band I § 59 V 2, S. 594 - alle mwN.

Bedenken gegen einen solchen Anspruch würden jedoch dann bestehen, wenn mit der notwendig befristeten außerordentlichen Kündigung eine "Zwischenform" zwischen die fristlose und allenfalls freiwillig befristete außerordentliche Kündigung einerseits und die an gesetzliche oder vertragliche Fristen gebundene ordentliche Kündigung andererseits treten würde, die dann am Platze wäre, wenn der Kündigungsgrund für eine fristlose Kündigung zwar nicht schwerwiegend genug ist, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über die normale, d.h. in der Regel die gesetzliche Kündigungsfrist hinaus dem Arbeitgeber aber doch nicht zugemutet werden kann<sup>1</sup>; - und für die der wichtige Grund deshalb "naturgemäß" nicht so schwer zu sein braucht, wie bei der fristlosen Kündigung nach § 626 BGB<sup>2</sup>.

Unter diesem Aspekt hat die Rechtsprechung<sup>3</sup> - von vereinzelt Ausnahmen abgesehen<sup>4</sup> - einen Anspruch auf Einräumung einer Kündigungsfrist in Fällen der außerordentlichen Kündigung bisher generell abgelehnt.

Begründet wurde die Ablehnung der h.M. in der Literatur im wesentlichen damit, daß

- eine Zwischenlösung auf einer zu weitgehenden Auslegung des Gesetzes beruhen würde, die nicht zulässig wäre und als unmöglich abgelehnt werden müßte<sup>5</sup>,
- erhebliche Zweifel darüber entstehen würden, welche Voraussetzungen an die Erfüllung eines von § 626 Abs. 1 BGB abweichenden wichtigen Grundes zu stellen wären, wenn neben der Kündigung aus wichtigem Grunde im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB, bei der keine Frist eingehalten zu werden brauche, ... noch eine andere Art der Kündigung, die mit Frist zu erklären sei, zulässig wäre<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Götz Hueck Anm zu BAG AP Nr. 15 zu § 626 BGB Bl 4 R.

<sup>2</sup> vgl. dazu Götz Hueck aaO sowie Zöllner aaO.

<sup>3</sup> vgl. dazu insbesondere BAG vom 3.10.1957 - 2 AZR 13/55 AP Nr. 1 zu § 70 HGB, mit ausdrücklichem Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des RAG, z.B. RAG 18,257 (260) und 26,74 (79); BAG vom 19.1.1973 - 2 AZR 103/72 AP Nr. 5 zu § 626 BGB Ausschußfrist.

<sup>4</sup> vgl. etwa LAG Hamburg AP 51 Nr. 65.

<sup>5</sup> vgl. dazu BAG vom 3.10.1957 - 2 AZR 13/55 aaO.

<sup>6</sup> vgl. dazu BAG vom 19.1.1973 - 2 AZR 103/72 aaO.

Dieser Rechtsprechung ist insoweit zu folgen, als sie an einem einheitlich wichtigen Grund festhält und im Interesse der Rechtssicherheit keinen - in seinen Voraussetzungen - unterhalb § 626 Abs. 1 BGB angesiedelten wichtigen Grund zuläßt.

Frage ist allerdings, ob mit der Einräumung einer Frist in den Fällen, in denen sich der wichtige Grund aus einer über die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist hinausgehenden Bindung ergibt, tatsächlich eine erleichterte Zulassung der außerordentlichen Kündigung verbunden ist; - ob die außerordentliche befristete Kündigung tatsächlich eine "Zwischenlösung" <sup>1</sup> im oben aufgezeichneten Sinne darstellt, die dann am Platze ist,

- "wenn zwar der Kündigungsgrund für eine fristlose Kündigung nicht wichtig genug ist, aber doch die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über die normale, d.h. in der Regel die gesetzliche Kündigungsfrist hinaus dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden kann" und für die der wichtige Grund "naturgemäß" nicht "so schwerwiegend" zu sein braucht, "wie bei der fristlosen Kündigung nach § 626 BGB" <sup>2</sup>?

und die deshalb nur mit Frist ausgesprochen werden kann,

- weil es "nämlich" nicht angeht, "die außerordentliche fristlose Kündigung wegen eines Grundes zuzulassen, der zwar" erhebliches "Gewicht hat, aber normalerweise, d.h. bei Kündbarkeit des Arbeitsverhältnisses mit gesetzlicher Frist, nicht als wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung anerkannt werden könnte" <sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Pleyer, Anm zu BAG AR-Blattei, Kündigung VIII, Außerordentliche Kündigung E 10, wo er sich mit der in der Literatur entwickelten "Zwischenlösung" auseinandersetzt und dabei u.a. feststellt: "Der Schutz des Arbeitnehmers - hier vor der Gefahr, die fristlose Kündigung zu begünstigen - fordert dann die Entwicklung einer besonderen Mittellösung, nämlich eine differenzierte Behandlung der wichtigen Gründe (nicht etwa eine vorzeitige Auflösung ohne wichtigen Grund, vgl. A. Hueck ARS Bd 15 S. 482)."

<sup>2</sup> vgl. dazu G. Hueck, Anm zu BAG AP Nr. 15 zu § 626 BGB Bl. 4 R mwN.

<sup>3</sup> vgl. dazu G. Hueck, aaO, mwN.

- a) Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses im Einzelfall - keine "normalerweise" zur außerordentlichen Kündigung berechtigenden Gründe
- 

Wie oben im einzelnen festgestellt, ist der Prüfung der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses die tatsächliche Dauer der Bindung und nicht fiktiv eine ansonsten bestehende ordentliche Kündigungsfrist zugrunde zu legen<sup>1</sup>. Ebenso wenig kann der wichtige Grund von der nach dem Wortlaut des § 626 Abs. 1 BGB möglichen Rechtsfolge der fristlosen Kündigung her in der Weise bestimmt werden, daß man die außerordentliche Kündigung nur in den Fällen zuläßt, in denen zur ausreichenden Sicherung der Interessen des Betriebes eine fristlose Kündigung erforderlich ist. Denn eine solche Bestimmung des wichtigen Grundes von der Rechtsfolge her wäre - wie oben im einzelnen dargestellt<sup>2</sup> - mit dem Zumutbarkeitsprinzip nicht zu vereinbaren, das sich zum maßgeblichen Kriterium für die Bestimmung der Voraussetzungen für das Vorliegen eines wichtigen Grundes herausgebildet hat<sup>3</sup>. Aus diesem Grunde liegt der Feststellung, daß ein Kündigungsgrund zwar für eine fristlose Kündigung nicht schwerwiegend genug sei, dem Arbeitgeber aber doch die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über die Dauer der gesetzlichen Kündigungsfrist hinaus aber doch nicht zugemutet werden könne, eine - auf die Interessenlage der fristlosen Kündigung wegen schuldhafter Pflichtverletzung - verkürzte Sicht der außerordentlichen Kündigung zugrunde, die im Widerspruch zu der umfassenden Natur des Zumutbarkeitsprinzips<sup>4</sup> steht.

Vielmehr ist die Dauer der Bindung nur einer der Gesichtspunkte, die im Rahmen der Berücksichtigung aller Umstände

---

<sup>1</sup> vgl. dazu oben B II 3b und c.

<sup>2</sup> vgl. oben C I.

<sup>3</sup> vgl. dazu oben B II 3c.

<sup>4</sup> vgl. dazu insbesondere BAG vom 3.11.1955 - 2 AZR 39/54 AP Nr. 4 zu § 626 BGB Bl. 1 R, sowie oben B II 3a und b.

des Einzelfalls <sup>1</sup> in die Interessenabwägung einfließen:

Insoweit vergleichbar etwa mit einer besonderen Vertrauensstellung, die ebenfalls dazu führen kann, daß die außerordentliche Kündigung in Fällen möglich wird, in denen normalerweise - also ohne die lange Bindung - nur ordentlich gekündigt werden könnte <sup>2</sup>.

Genausowenig wie in diesen Fällen davon die Rede sein kann, daß in der Berücksichtigung des besonderen Vertrauensverhältnisses eine erleichterte Zulassung der außerordentlichen Kündigung gesehen werden kann, kann dies für den Umstand der langen Bindung an den Arbeitsvertrag gelten. Denn für die Frage der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses kommt es jeweils auf die tatsächliche Interessenbeeinträchtigung im Einzelfall an.

Dabei können aber Gründe, die normalerweise <sup>3</sup> für eine

---

<sup>1</sup> vgl. dazu etwa BAG vom 27.11.1972 - 2 AZR 157/71 AP Nr. 2 zu § 626 BGB Ausschußfrist; - sowie Schaub § 125 V 1. und 2., S. 677.

<sup>2</sup> vgl. dazu insbesondere BAG vom 2.6.1960 - 2 AZR 91/58 AP Nr. 42 zu § 626 BGB Bl 3 V unter V 1. wo es heißt: "... Das Berufungsgericht konnte diese - wenn auch nur einmalige - Unkorrektheit des Klägers, der eine besonders hervorgehobene leitende Vertrauensstellung innehatte, ... dahin würdigen, daß dadurch das ... notwendige Vertrauen ... nachhaltig erschüttert war." - Ebenso BAG vom 17.8.1972 - 2 AZR 415/71 AP Nr. 65 zu § 626 BGB Bl. 4 V, 3. Abschnitt, wo ausgeführt wird: "... Dadurch zerstört er das Vertrauen in seine Zuverlässigkeit und Redlichkeit, auf die es gerade bei leitenden Angestellten entscheidend ankommt."

<sup>3</sup> Der Vorstellung von Kündigungsgründen, die "normalerweise" zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigen, scheinen die Vorstellungen von absoluten oder doch jedenfalls beispielhaft aufgezählten Kündigungsgründen zugrundezuliegen. Durch die Hinwendung zum reinen Zumutbarkeitsprinzip - wie sie durch das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vollzogen wurde (vgl. dazu etwa BT-Drucksache V Nrn. 4352, 3913 und 4376) - ist solchen Vorstellungen jedoch die Grundlage entzogen.

außerordentliche Kündigung "nicht ausreichen" - also insbesondere in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegende Gründe - im Zusammenhang mit einer langen Bindung größeres Gewicht bekommen, als Gründe, die für eine fristlose Kündigung typisch sind <sup>1</sup>; - die Tatsache, daß dabei im einen Fall - wie etwa bei mehrmaligem unentschuldigtem Fehlen trotz Abmahnung - zur ausreichenden Wahrung übergeordneter Betriebsinteressen <sup>2</sup> - eine fristlose Kündigung erforderlich ist - während im anderen Fall - so bei der außerordentlichen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses mit langfristiger Bindung wegen Betriebsstillegung - eine außerordentliche Kündigung mit Frist ausreicht <sup>3</sup>, sagt somit nichts über das Gewicht des wichtigen Grundes aus, sondern ist nur die Folge des Umstands, daß die außerordentliche Kündigung zwei Interessenlagen umfaßt <sup>4</sup>; - wobei es im einen Fall darum geht, daß die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar sein kann, während es im anderen Fall dem Kündigenden nur darauf ankommt, aus der langen Bindung an das Arbeitsverhältnis herauszukommen <sup>5</sup>.

- b) Erleichterte Zulassung durch Einbeziehung des Anspruchs auf Einräumung einer Kündigungsfrist in die Interessenabwägung nach § 626 Abs. 1 BGB
- 

Eine erleichterte Zulassung der außerordentlichen Kündigung durch den Anspruch auf eine Kündigungsfrist könnte sich - da auch diese Abweichung von der nach § 626 Abs. 1 BGB möglichen Rechtsfolge im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist - allerdings daraus ergeben, daß

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Weng, DB 77, 676 (677).

<sup>2</sup> vgl. dazu oben B II 2a aa, bb und cc.

<sup>3</sup> vgl. dazu oben C 2.

<sup>4</sup> vgl. dazu oben B II 3e.

<sup>5</sup> Das sieht auch G. Hueck in seiner Anm zu BAG AP Nr. 15 Bl. 5 R unter 3.; wenn er dort zur außerordentlichen Kündigung wegen Betriebsstillegung ausführt: "... Im allgemeinen ist dem Arbeitgeber die Einhaltung der gesetzlichen oder ähnlichen tariflichen oder vertraglichen Kündigungsfristen zuzumuten. Lediglich das dauernde Festhalten an unkündbaren oder sehr langfristig kündbaren Arbeitsverhältnissen überschreitet die Grenze des Zumutbaren,

durch das Einräumen einer Frist die Interessen des Arbeitnehmers weniger stark als durch eine fristlose Kündigung beeinträchtigt werden und demzufolge auf Seiten des Betriebes für das Vorliegen eines wichtigen Grundes eine entsprechend geringere Interessenbeeinträchtigung ausreichen würde <sup>1</sup>.

Mit dieser Betrachtung würde jedoch nur einem Aspekt der für Arbeitsverhältnisse mit langer Bindung typischen Interessenlage Rechnung getragen: Unberücksichtigt bliebe nämlich, daß in diesen Fällen der Verlust einer gesicherten Rechtsposition auf dem Spiele steht und deshalb an das Vorliegen eines wichtigen Grundes ein besonders strenger Maßstab anzulegen ist <sup>2</sup>.

Somit steht in den Fällen, in denen sich der wichtige Grund für die außerordentliche Kündigung aus der über die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist hinausgehenden Bindung ergibt, dem Anspruch auf Einräumung einer Frist, auf der anderen Seite der Verlust einer gesicherten Rechtsposition gegenüber. Dieser Rechtsposition kommt in aller Regel jedoch ein erheblich größeres Gewicht zu, als dem Verlust bspw. der gesetzlichen Kündigungsfrist <sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu etwa BAG vom 8.10.1957 - 3 AZR 136/55 AP Nr. 16 zu § 626 BGB wo mit Hinweis auf A. Hueck Anm zu BAG AP Nr. 6 zu § 626 BGB ausgeführt wird: "... In diesem Zusammenhang gewinnt der Umstand eine Bedeutung, daß die Beklagte dem Kläger nicht fristlos sondern aus sozialem Entgegenkommen mit einer Frist von 6 Monaten gekündigt hat ... Dieser Umstand, den das LAG nicht einmal besonders hervorgehoben hat, der sich aber aus dem festgestellten Sachverhalt von selbst aufdrängt, fällt insofern zugunsten der Beklagten ins Gewicht, als es ihr nach diesem sozialen Entgegenkommen noch weniger zuzumuten ist, dem Kläger bis zur Vollendung seines 65. Lebensjahres Lohn zu zahlen."

<sup>2</sup> vgl. dazu grundlegend BAG vom 3.11.1955 - 2 AZR 39/54 und vom 15.12.1955 - 2 AZR 239/54 AP Nrn. 4 und 6 zu § 626 BGB; ebenso ArbG Stuttgart vom 28.4.1976 - 10 Ca 841/75 und vom 15.6.1976 - 14 Ca 168/76 - beide nicht veröffentlicht.

<sup>3</sup> vgl. dazu etwa Gamillscheg, Anm zu BAG EzA Nr. 1 zu § 95 BetrVG, wo in Bezug auf den erweiterten tariflichen Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer ausgeführt wird, "... daß sich die Gerichte über tarifliche ... Unkündbarkeit hinwegsetzen sollten, kann niemand leichthin empfehlen, da damit das Vertrauen in eine Rechtstellung zerstört würde, die für viele wichtiger als alles andere ist."

Deshalb liegt in den Fällen, in denen sich der wichtige Grund aus einer über die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist hinausgehenden Bindung ergibt, auch keine Erleichterung der außerordentlichen Kündigung darin, daß dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf eine Kündigungsfrist zugestanden wird; - und dies, obwohl dieser Umstand im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist.

Vielmehr werden durch die Einräumung einer Kündigungsfrist erst die Voraussetzungen dafür geschaffen, daß die Interessenabwägung aufgrund der tatsächlichen Interessenlage vorgenommen werden kann: Denn mit der Einbeziehung der - zur Wahrung der Interessen des Kündigenden nicht erforderlichen - Rechtsfolge der fristlosen Kündigung würde eine Komponente in die Interessenabwägung einfließen, die der typischen Interessenlage in den Fällen der außerordentlichen Kündigung aus objektiven, in der Person des Arbeitnehmers oder im Betrieb liegenden Gründen im Grunde fremd ist <sup>1</sup>.

Deshalb läge in diesen Fällen eine von der Sache her nicht gerechtfertigte Erschwerung der außerordentlichen Kündigung dann vor, wenn im Rahmen der Interessenabwägung auf Seiten des Arbeitnehmers zusätzlich zum Verlust der gesicherten Rechtsposition auch noch der Umstand des sofortigen Verlusts des Arbeitsplatzes berücksichtigt würde.

Aus diesem Grund kommt man zu einer, der tatsächlichen Interessenlage angemessenen Zumutbarkeitsprüfung in den Fällen der außerordentlichen Kündigung von Arbeitsverhältnissen mit langfristiger Bindung überhaupt erst dadurch, daß man dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf die ansonsten bestehende ordentliche bzw. gesetzliche Kündigungsfrist einräumt und diesen Umstand im Rahmen der Interessenabwägung nach § 626 Abs. 1 BGB berücksichtigt <sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu oben B II 2b; - deutlich wird dies auch daran, daß aus diesen Gründen - ohne eine lange Bindung - in aller Regel nur ordentlich, also mit Frist gekündigt werden kann.

<sup>2</sup> vgl. dazu auch G. Hueck in Anm zu BAG AP 15 zu § 626 BGB wo es heißt: "Durch die Anerkennung der außerordentlich befristeten Kündigung werden den Interessen der Arbeitsvertragspartner in hohem Maße Rechnung getragen ... Darüber hinaus kann damit auch die Betriebsstilllegung in ihrer Bedeutung als Kündigungsgrund aufgefaßt werden."

c) Verhältnismäßigkeit von Voraussetzung und Rechtsfolge

Mit der Einräumung eines Anspruchs auf die ansonsten bestehende ordentliche Kündigungsfrist wird aber auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Voraussetzungen und Rechtsfolge <sup>1</sup> Rechnung getragen, der - weil mit der Kündigung ja einseitig in die Rechtsposition eines anderen eingegriffen wird - als eines der grundlegenden Prinzipien hinter der Kündigung überhaupt steht <sup>2</sup>.

Im Rahmen der Kündigung beschränkt sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aber nicht als ultima-ratio-Prinzip darauf, ob zur Wahrung der Interessen des Kündigenden anstelle einer Beendigungskündigung nicht auch eine Änderungskündigung ausreichend ist <sup>3</sup>.

Vielmehr spielt das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch dann eine Rolle, wenn es darum geht, ob die Interessen des Kündigenden eine sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses erfordern oder ob ihm die Fortsetzung für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist zugemutet werden kann <sup>4</sup>. Im Normalfall handelt es sich dabei um die Frage, ob eine - außerordentliche - fristlose Kündigung möglich oder ob eine ordentliche Kündigung ausreichend ist <sup>5</sup>.

Bei der außerordentlichen Kündigung von Arbeitsverhältnissen mit langer Bindung kann es jedoch - wie oben im einzelnen dargestellt - dem Kündigenden trotz Vorliegen eines wichti-

---

<sup>1</sup> vgl. dazu insbesondere Galperin, DB 64,1114 (1115), sowie Reinhardt, RdA 50 S. 87, der für das Arbeitsrecht den allgemeinen Satz entwickelt hat, daß zwischen Kündigungsgrund und Kündigungswirkungen eine bestimmte Verhältnismäßigkeit bestehen müsse, Elenso Pleyer, Anm zu BAG AR-Blattei Kündigung VIII, Außerordentliche Kündigung E 10.

<sup>2</sup> eine Parallele dazu besteht auch bei der Änderungskündigung; - vgl. dazu oben B IV 2a.

<sup>3</sup> vgl. dazu Gilbert Kempff, DB 78,1400 (1401).

<sup>4</sup> vgl. dazu etwa LAG Frankfurt vom 11.9.1957 - II Ca 199/57 AP Nr. 49 zu § 626 BGB.

<sup>5</sup> Aus diesem Gesichtspunkt heraus ist es im übrigen verständlich, wenn die Voraussetzungen für die außerordentliche fristlose Kündigung vielfach von der Rechtsfolge her bestimmt werden.

gen Grundes zuzumuten sein, das Arbeitsverhältnis für die Dauer der ansonsten bestehenden ordentlichen Kündigungsfrist fortzuführen.

In diesen Fällen läge ein Verstoß gegen die Verhältnismäßigkeit von Voraussetzung und Rechtsfolge, wenn dem gekündigten Arbeitnehmer ohne sachliche Notwendigkeit der Schutz genommen würde, den ihm die ordentliche Kündigungsfrist bietet.

Aus diesem Grunde wird in den Fällen der außerordentlichen Kündigung, in denen sich die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses aus der über die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist hinausgehenden Bindung ergibt, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur dadurch ausreichend Rechnung getragen, daß dem gekündigten Arbeitnehmer trotz der außerordentlichen Kündigung ein Anspruch auf eine Frist eingeräumt wird.

### 3. Einwand der fehlenden Rechtsklarheit und Rechtssicherheit

Darin liegt jedoch gleichzeitig die exakte Abgrenzung der Fälle der außerordentlichen Kündigung, in denen ein Anspruch auf Einräumung einer Frist besteht.

Damit entfällt aber das Argument der Rechtsprechung, daß im Interesse der Sicherheit und Klarheit der Rechtsanwendung gleichwohl an der Rechtsprechung des RAG - das eine außerordentliche Kündigung nur mit sofortiger Wirkung zuließ und dem Arbeitgeber lediglich als Ausnahme das Recht zubilligte, bei der außerordentlichen Kündigung dem Arbeitnehmer durch Gewährung einer Kündigungsfrist entgegenzukommen<sup>1</sup> - festgehalten werden müsse<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu etwa RAG 296/32, ARS 17,259;81/37 ARS 32,34.(39f)

<sup>2</sup> vgl. dazu insbesondere BAG vom 3.10.1957 - 2 AZR 13/55 AP Nr. 1 zu § 70 HGB, ebenso BAG vom 19.1.1973 - 2 AZR 103/72 AP Nr. 5 zu § 626 BGB Ausschußfrist, wonach die Anerkennung einer außerordentlichen Kündigung mit Frist zur Rechtsunsicherheit und Rechtsunklarheit führen würde: Wenn neben dem wichtigen Grund iSd § 626 Abs. 1 BGB, bei dem keine Frist eingehalten werden brauche, vom Arbeitgeber aber aus sozialen Gründen gewährt werden könne, noch eine andere Art der Kündigung, die mit Frist zu erklären sei, zulässig wäre, würden erhebliche Zweifel darüber entstehen, welche Voraussetzungen an die Erfüllung eines von dem des § 626 Abs. 1 BGB abweichenden Begriff des wichtigen Grundes zu stellen sind und welche Fristen dabei gewährt werden müssen

Vielmehr begrenzen die Gründe, die den Anspruch auf Einräumung einer Frist in den Fällen der außerordentlichen Kündigung entstehen lassen, diesen Anspruch gleichzeitig auf die Fälle, in denen sich der wichtige Grund aus der über die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist hinausgehenden Bindung ergibt; - was im wesentlichen darauf hinausläuft, daß sich der Anspruch auf Einräumung einer Kündigungsfrist auf die Fälle der außerordentlichen Kündigung von Arbeitsverhältnissen mit langfristiger Bindung aus objektiven, in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen beschränkt <sup>1</sup>.

Gleiches gilt für die Dauer der Kündigungsfrist. Da sich die Unzumutbarkeit aus der über die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist hinausgehenden Bindung ergibt, dem Arbeitgeber also die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die ansonsten bestehende Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar ist, kann der außerordentlich gekündigte Arbeitnehmer die Einhaltung gerade dieser ansonsten bestehenden ordentlichen Kündigungsfrist verlangen <sup>2</sup>.

Etwas besonderes gilt dann, wenn Arbeitnehmer durch lange Kündigungsfristen geschützt sind: In diesen Fällen kann man davon ausgehen, daß die gesetzliche die ansonsten bestehende ordentliche Kündigungsfrist ist. Deshalb besteht in diesen Fällen ein Anspruch auf die gesetzliche Kündigungsfrist, so-

---

<sup>1</sup> Im Ergebnis ebenso die ganz h.M. in der Literatur; vgl. etwa Hueck-Nipperdey, Band I, § 59 V S. 594 f.

<sup>2</sup> Hueck-Nipperdey, Band I, § 59 V 2, S. 594 und Staudinger-Nipperdey, Kommentar zum BGB, § 626 Rdnr. 7, die in diesen Fällen generell die gesetzliche Kündigungsfrist einräumen wollen, übersehen m.E., daß in den Fällen des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung eine Verschlechterung der Rechtsposition durch den verstärkten Schutz dann eintreten würde, wenn die gesetzliche Kündigungsfrist, die im Falle der außerordentlichen Kündigung eingehalten werden müßte, kürzer als die ansonsten bestehende ordentliche Kündigungsfrist ist. Gerade diese Verschlechterung der Rechtsposition als Folge der verstärkten Bindung soll jedoch durch die außerordentliche befristete Kündigung vermieden werden.

fern zur ausreichenden Sicherung der Interessen des Betriebes keine sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist.

Da somit aber die Fälle der außerordentlichen Kündigung, in denen ein Anspruch auf Einräumung einer Frist besteht, ebenso exakt bestimmt werden können, wie die Frist, die in diesen Fällen einzuhalten ist, entfallen auch die Bedenken der Rechtsprechung gegen die außerordentliche befristete Kündigung, die sich daraus herleiten, daß im Falle der befristeten außerordentlichen Kündigung "erhebliche Zweifel darüber entstehen" würden, welche Fristen gewährt werden müssen.

#### 4. Zusammenfassende Feststellungen

Da sich somit aber weder aus dem Wortlaut des § 626 Abs. 1 BGB noch aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit grundsätzliche Bedenken gegen eine außerordentliche Kündigung mit zwingender Frist ergeben, kann aufgrund des normativen Gesetzstessinnes und der vom Willen des Gesetzgebers getragenen Legitimation zur Rechtsfortbildung, die nach dem Wortlaut des § 626 Abs. 1 BGB undifferenziert für alle Fälle der außerordentlichen Kündigung bereitgestellte Rechtsfolge der fristlosen Kündigung auf die Fälle reduziert werden, in denen zur ausreichenden Sicherung der Interessen des Betriebes eine sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist. Nur so kann dem Gesichtspunkt Rechnung getragen werden, daß die außerordentliche Kündigung zwei typische Interessenlagen umfaßt und daß die lange Bindung insbesondere bei personen- bzw. bei betriebsbedingten Gründen nicht dazu führen darf, daß die fristlose Kündigung in Fällen möglich wird, in denen ohne die verstärkte Bindung nur ordentlich - also mit Frist - hätte gekündigt werden können. Aus diesem Grunde hat der außerordentlich gekündigte Arbeitnehmer in diesen Fällen einen Anspruch auf die ansonsten bestehende ordentliche Kündigungsfrist.

Da die lange Bindung aber wie jeder andere Umstand, der sich auf die gegenseitige Interessenlage auswirkt, im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist, ist mit der Anerkennung der außerordentlich befristeten Kündigung keine erleichterte Zulassung der außerordentlichen Kündigung im Sinne einer außerordentlichen Kündigung aus minder wichtigem Grund verbunden. Vielmehr wird durch die Einräumung eines Anspruchs auf die ansonsten bestehende ordentliche Kündigungsfrist verhindert, daß mit der - von der Sache her - nicht gerechtfertigten Rechtsfolge der fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Gesichtspunkt in die Interessenabwägung einfließt, der der Interessenlage bei Kündigungen aus objektiven, in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen eigentlich fremd ist.

Aus diesem Grunde hat der außerordentlich gekündigte Arbeitnehmer in den Fällen einen Anspruch auf Einräumung der ansonsten bestehenden Kündigungsfrist, in denen sich der wichtige Grund aus der über die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist hinausgehenden Bindung ergibt. Im wesentlichen sind dies die Fälle der außerordentlichen Kündigung aus objektiven, in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen.

#### D. 4. Kapitel

#### Tarifvertragliche Alterssicherung und die Pflicht zur sozialen Auswahl

##### Problemstellung

Wie bereits oben <sup>1</sup> angedeutet, liegt die ganz besondere Problematik der tariflichen Alterssicherung bei betriebsbedingten Kündigungen in dem Spannungsverhältnis zwischen dem Ausschluß der ordentlichen Kündigung für ältere Arbeitnehmer auf der einen und der Pflicht zur sozialen Auswahl auf der anderen Seite.

Sie tritt dann offen zutage, wenn ein tariflich gesicherter Arbeitnehmer gleichzeitig mit einem sozial schwachen aber ordentlich kündbaren Arbeitnehmer vom Wegfall eines Arbeitsplatzes betroffen ist; dann stellt sich nämlich die Frage, ob der Altersgesicherte in die soziale Auswahl einzubeziehen ist, mit der Folge, daß der gekündigte Arbeitnehmer sich möglicherweise darauf berufen kann, soziale Gesichtspunkte seien deswegen nicht ausreichend beachtet worden, weil an seiner Stelle dem altersgesicherten Arbeitnehmer hätte gekündigt werden müssen <sup>2</sup>.

Dieses Problem kann insbesondere in den Tarifbezirken leicht auftreten, in denen die Arbeitsplatzsicherung bereits nach relativ kurzer Betriebszugehörigkeit eintritt, wie etwa im Bereich der Metallindustrie Nordwürttemberg-Nordbaden <sup>3</sup>, wo bereits nach 3-jähriger Betriebszugehörigkeit ab Vollendung des 53. Lebensjahres eine Kündigung

---

<sup>1</sup> vgl. dazu B II 2 b,

<sup>2</sup> vgl. dazu Gamillscheg, der in Anm zu BAG vom 11.3.1976 - 2 AZR 43/75 EzA Nr. 1 zu § 95 BetrVG auf das "bisher wenig beachtete Problem" des Verhältnisses "der sozialen Auswahl zur Unkündbarkeit" hinweist; Frohner, Zum Verhältnis von tariflichen Alterssicherungsbestimmungen und gesetzlichen Kündigungsschutznormen, BlStArbSozR 77, 353; vgl. aber auch schon Gift, Vertragliche Kündigungsbeschränkungen, RdA 69,77.

<sup>3</sup> vgl. dazu oben A I 2c (1) a.

nur noch aus wichtigem Grunde möglich ist <sup>1</sup>.

Unter diesen Voraussetzungen kann jederzeit bspw. die Situation eintreten, daß ein 55-jähriger, altersgesicherter Arbeitnehmer, der kinderlos mit einer gutverdienenden Ehefrau verheiratet ist und dem Betrieb seit wenig mehr als 3 Jahre angehört, als einziger Arbeitnehmer des Betriebes mit einem 50-jährigen Arbeitnehmer vergleichbar ist, der schon gut über 30 Jahre im Betrieb tätig ist und der neben seiner nicht berufstätigen Frau noch vier Kindern Unterhalt zu leisten hat <sup>2</sup>.

Wenn in diesem Fall der 55-jährige allein aufgrund seines erweiterten Kündigungsschutzes aus dem Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer ausschiede, träfe damit zwangsläufig den sozial schwächeren aber nicht gesicherten Arbeitnehmer die Kündigung <sup>3</sup>. Würde man allerdings die Tatsache des erweiterten Kündigungsschutzes nicht als Grund für die Beschränkung der sozialen Auswahl ansehen, käme der Betrieb in eine Zwickmühle: Dem sozial schwächeren ordentlich kündbaren Arbeitnehmer könnte er nicht kündigen, weil darin ein Verstoß gegen die soziale Auswahl läge, dem altersgesicherten ebenso wenig, wenn nicht gerade der Ausnahmefall eines betriebsbedingten wichtigen Grundes gegeben wäre.

Der eine könnte sich ihm gegenüber also auf den Verstoß gegen die soziale Auswahl, der andere auf das Fehlen eines wichtigen Grundes berufen <sup>4</sup>.

Denkbar wäre schließlich auch noch, daß der Tarifvertrag als schwächere Rechtsquelle wegen Verstoßes gegen zwin-

---

<sup>1</sup> Auf die Problematik dieser relativ leicht erfüllbaren Voraussetzungen für den Eintritt in die Alterssicherung weist auch Frohner, aaO, S. 354 hin.

<sup>2</sup> vgl. dazu auch den Beispielsfall von Gamillscheg, aaO, S. 11.

<sup>3</sup> vgl. dazu Gamillscheg, aaO, S. 10, sowie Gift, aaO, S. 77.

<sup>4</sup> vgl. dazu Nikisch Band II § 69 IV 1. S. 227, sowie Galperin-Löwisch, § 95 Rdnr. 13, wonach der gesetzliche Kündigungsschutz der Mindestschutz ist, den jeder Arbeitnehmer haben soll und der deswegen auch nicht tarifdispositiv ist.- Vgl. dazu auch Frohner, aaO, S. 354 unter III.

gendes staatliches Recht ungültig ist <sup>1</sup>.

Damit bestehen grds. drei Möglichkeiten, das Spannungsverhältnis zwischen tarifvertraglich erweitertem Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer und der Pflicht zur ausreichenden Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte zu lösen:

1. Man kann es dabei belassen, daß der Betrieb dem einen Arbeitnehmer wegen der tarifvertraglichen Arbeitsplatzsicherung und dem anderen wegen der Pflicht zur sozialen Auswahl nicht kündigen kann; - dann muß man aber auf der anderen Seite, die sich daraus ergebende Blockierung, überhaupt betriebsbedingt kündigen zu können, hinnehmen,<sup>2</sup>

Oder man geht davon aus, daß infolge des tarifvertraglich erweiterten Kündigungsschutzes eine solche Blockierung nicht eintreten darf; dann darf man entweder

2. die geschützten älteren Arbeitnehmer gar nicht in die soziale Auswahl einbeziehen <sup>3</sup> oder
3. man muß den besonderen tarifvertraglichen Schutz mindestens in diesen Fällen wegen Verstosses gegen die zwingende gesetzliche Pflicht zur sozialen Auswahl entfallen lassen <sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu BAG vom 11.3.1976 - 2 AZR 43/75 AP Nr. 1 zu § 95 BetrVG, wenn dort in Bezug auf § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG ausgeführt wird: "... Ein Ausschuß oder eine Beschränkung des gesetzlichen Schutzes kann mangels entsprechender Öffnungsklauseln auch nicht durch Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen vereinbart werden...". Ebenso Hueck, 9. Auflage, § 1 Anm 161 mwN; Nikisch, Band II § 69 IV 1. S. 227; sowie Galperin-Löwisch, § 95 Rdnr. 13.

<sup>2</sup> Zu diesem Ergebnis kommt Frohner, aaO, S. 353 unter III, wonach die Tarifnorm so angewendet werden muß, daß sie den Kreis der zur Auswahl stehenden Arbeitnehmer nicht verkürzt, dann jedoch demjenigen, der von ihr erfaßten Arbeitnehmer zugute kommt, der sich bei der sozialen Auswahl als der eigentlich zur Kündigung anstehende erwiesen hat, ohne daß es erlaubt wäre, nun ersatzweise auf den anderen Arbeitnehmer zurückzugreifen.

<sup>3</sup> vgl. dazu Gift, aaO S. 77, sowie den Hinweis von Gamillscheg, aaO, S. 10 unter b, wonach diese Lösung der allgemeinen Handhabung entspricht: "... Niemand zweifelt bisher..."; vgl. auch ArbG Kassel vom 5.8.1976 - 1 Ca 217/76, DB 76,1675 (1676).

<sup>4</sup> so ausdrücklich Eich in seiner Anmerkung zu der Entscheidung des ArbG Kassel vom 5.8.1976, - aaO S. 1678 in Bezug auf tarifvertraglich "unkündbare" gewerkschaftliche Vertrauensleute, mit Hinweis auf BAG vom 16.3.1976, aaO.

## I 1. Abschnitt

Unwirksamkeit des tarifvertraglich erweiterten Kündigungsschutzes für ältere Arbeitnehmer wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 3 KSchG?

---

Für diese dritte Möglichkeit spricht die Überlegung, daß der Tarifvertrag gegenüber dem Gesetz die schwächere Rechtsquelle ist und deshalb - wie oben bereits dargestellt - Tarifnormen ungültig sind, die gegen zwingendes staatliches Recht verstoßen<sup>1</sup>.

### 1. Verhältnis Auswahlrichtlinien zur Pflicht zur sozialen Auswahl

Aus diesem Grunde sind bspw. Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG, die mit der Pflicht zur sozialen Auswahl nicht im Einklang stehen, nichtig<sup>2</sup>.

Denn auch der Spruch der Einigungsstelle oder eine Betriebsvereinbarung können nicht dazu führen, dem einzelnen Arbeitnehmer die Überprüfung seines sozialen Schutzes im Kündigungsschutzprozeß abzuschneiden; ebensowenig kann es von der Gestaltung der Auswahlrichtlinien abhängen, ob eine Kündigung sozial gerechtfertigt ist oder nicht; denn Arbeitgeber und Betriebsrat sind ebenso wie die Einigungsstelle bei der Ausübung ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Richtlinienkompetenz an das zwingende Gesetzesrecht gebunden. Die Bedeutung der Auswahlrichtlinien liegt vielmehr darin, daß sie unter Beachtung der Besonderheiten des jeweiligen Betriebs eine Vorausplanung zulassen, nach welchen Auswahlrichtlinien bei notwendig werdenden Kündi-

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Nikisch, Band II, § 69 IV 1, S. 227; sowie Galperin-Löwisch, aaO Rdnr. 13.

<sup>2</sup> vgl. dazu BAG vom 11.3.1976 - 2 AZR 431/75 aaO mit Anm. von G. Hueck, in EzA Nr. 1 zu § 95 BetrVG mit Anm. von Gamillscheg und in SAE 77, 93 mit Anm. von Feterek (95); ebenso Galperin-Löwisch § 95 Rdnrn. 13 und 31; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 95 Rdnr. 7; - vgl. auch Dietz-Richardi, § 95 Rdnrn. 42 ff.

gungen zu verfahren ist <sup>1</sup>.

Gerade in diesem letzten Punkt liegt jedoch der wesentliche Unterschied zwischen Auswahlrichtlinien iSd § 95 BetrVG für die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG und dem erweiterten tariflichen Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer:

Während die tarifvertragliche Alterssicherung eine selbständige Arbeitnehmerschutzvorschrift ist, die das Verhältnis Arbeitgeber-Arbeitnehmer im Blickfeld hat, haben Auswahlrichtlinien im Rahmen der Pflicht zur ausreichenden Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte nur eine Hilfsfunktion: Sie haben die dort wesentlichen Gesichtspunkte näher zu umschreiben <sup>2</sup>, die Frage der richtigen Auswahl durchschaubar zu machen. Dabei haben die Auswahlrichtlinien - im Gegensatz zur tariflichen Arbeitsplatzsicherung, durch die den Arbeitnehmern eine absolut geschützte Rechtsposition gegenüber dem Arbeitgeber eingeräumt wird - ebenso wie die soziale Auswahl nur das Verhältnis der Arbeitnehmer zueinander im Auge <sup>3</sup>.

Während also zwischen Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG und § 1 Abs. 3 KSchG von vornherein ein direktes Konkurrenzverhältnis besteht, kann eine Konkurrenzsituation zwischen tariflich erweitertem Kündigungsschutz und der Pflicht zur sozialen Auswahl nur als Reflex der verbes-

---

<sup>1</sup> vgl. dazu insgesamt BAG vom 11.3.1976 - 2 AZR 43/75 aaO mwN.

<sup>2</sup> vgl. BAG vom 11.3.1976 - 2 AZR 43/75 aaO Bl. 3 V, sowie Gamillscheg in seiner Anm zu dieser Entscheidung in EzA Nr. 1 zu § 95 BetrVG.

<sup>3</sup> Darauf weist auch Gift, "Mitbestimmung und die soziale Auswahl zu Entlassender", in ZFA 71,123 ff (132 unter d) hin, wenn er dort unter der Überschrift, "Relativität der Auswahlkriterien", u.a. ausführt, das Gewicht der sozialen Belastungen im Rahmen der Kündigungsauswahl sei also relativ und erst im Vergleich zu den übrigen, für die Auswahl zur Verfügung stehenden Kollegen bestimmbar.

serten Rechtsstellung des Arbeitnehmers und überhaupt nur dann auftreten, wenn ein nicht dem besonderen Schutz unterfallender Arbeitnehmer nach allgemeinen Maßstäben sozial schutzwürdiger angesehen werden müßte als der tarifvertraglich gesicherte Arbeitnehmer; und dies - wie oben im einzelnen dargestellt - nur unter der Bedingung, daß der Betrieb durch den tarifvertraglichen Arbeitsplatzschutz in seiner Möglichkeit - ordentlich betriebsbedingt Kündigen zu können - nicht eingeschränkt werden darf.

Ein solcher Vorbehalt kann jedoch den tariflichen Bestimmungen über den erweiterten Kündigungsschutz älterer Arbeitnehmer jedenfalls nicht unmittelbar entnommen werden.

Aus dem Vergleich zu den Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG ergibt sich somit, daß zwischen der tarifvertraglichen Arbeitsplatzsicherung und der Pflicht zur sozialen Auswahl ein unmittelbares Konkurrenzverhältnis in der Form, wie zwischen Auswahlrichtlinien und der Pflicht zur sozialen Auswahl nicht besteht - und die dortigen Grundsätze deshalb nicht auf den tariflichen Kündigungsschutz übertragen werden können.

2. Verhältnis des erweiterten Kündigungsschutzes für Organmitglieder der Betriebsverfassung zu der Pflicht zur sozialen Auswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG
- 

Das Verhältnis zwischen der Pflicht zur sozialen Auswahl und dem tarifvertraglich erweiterten Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer läßt sich vielmehr eher mit dem Verhältnis von § 1 Abs. 3 KSchG und dem Schutz der Organmitglieder der Betriebsverfassung vergleichen. Denn auch durch § 15 KSchG wird ein bestimmter Personenkreis dadurch aus dem Kreis der übrigen Arbeitnehmer herausgehoben, daß ihm nur noch aus wichtigem Grunde gekündigt werden kann.

Deshalb ist dem Verhältnis von § 15 KSchG und § 1 Abs. 3 KSchG ebenso wie dem Verhältnis von § 1 Abs. 3 KSchG und tarifvertraglich erweitertem Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer gemeinsam, daß der relative<sup>1</sup> Schutz, den die Pflicht zur sozialen Auswahl deshalb bietet, weil er jedem Arbeitnehmer gegenüber einem vergleichbaren sozial

---

<sup>1</sup> Diesen Begriff verwendet auch Gift.aaO.S. 132

stärkeren zusteht - und der absolute Schutz einer bestimmten Personengruppe - weil ihnen ja überhaupt nur noch aus wichtigem Grunde gekündigt werden kann - als selbständige Vorschriften nebeneinander bestehen.

Aus diesem Grunde kann es zu einem Konkurrenzverhältnis zwischen den beiden Bestimmungen überhaupt nur unter der Voraussetzung kommen, daß eine Blockierung der Möglichkeit, ordentlich betriebsbedingt kündigen zu können, durch den Schutz der Organmitglieder der Betriebsverfassung überhaupt nicht eintreten darf.

Davon kann man im Verhältnis von §§ 15 und 1 Abs. 3 KSchG jedoch ausgehen:

- Denn im Falle eines uneingeschränkten Nebeneinanderbestehens der beiden Vorschriften hätte der relative Charakter der sozialen Auswahl zur Folge, daß sich alle Arbeitnehmer, die sozial schwächer als ein vergleichbares Organmitglied sind, im Falle betriebsbedingter Kündigungen auf dieses sozial stärkere Mitglied eines Betriebsverfassungsorgans berufen könnten.

Dadurch würde aber im Ergebnis für die mit einem Organmitglied vergleichbaren ordentlich kündbaren Arbeitnehmer eine Überhöhung des Kündigungsschutzes in der Weise eintreten, daß auch ihnen aus betriebsbedingten Gründen praktisch nur noch dann gekündigt werden könnte, wenn dafür ein wichtiger Grund gegeben ist <sup>1</sup>.

In diesem Falle könnte aber bspw. ein junges unverheiratetes Betriebsratsmitglied für weite Bereiche des Betriebes betriebsbedingte Kündigungen ausschließen.

- Gerade diese Folge entspricht jedoch nicht dem Willen des Gesetzgebers, der mit dem besonderen Kündigungsschutz des § 15 KSchG die Organmitglieder der Betriebsverfassung vor Benachteiligungen schützen und ihnen dadurch eine ungehinderte Ausübung ihres Amtes sicherstellen wollte <sup>2</sup>.

Ebenso wäre es mit dem normativen Gesetzessinn der §§ 15 und 1 Abs. 3 KSchG nicht zu vereinbaren, wenn der aus einer ganz besonderen Interessenlage heraus gerecht-

<sup>1</sup> bzw. die zu §§ 15 Abs. 3 und 4 aufgeführten besonderen Gründe vorliegen.

<sup>2</sup> vgl. dazu Löwisch, Die Verknüpfung von Kündigungsschutz und Betriebsverfassung nach dem BetrVG 1972, DB 75,349(355), Galperin-Löwisch, § 103 Rdnr. 1; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 103 Rdnr. 1; Schaub, § 143 I 1, S. 757.

fertigte erweiterte Kündigungsschutz für eine bestimmte Personengruppe durch den relativen Charakter der sozialen Auswahl praktisch auf ganze Bereiche des Betriebes ausgedehnt und der Betrieb dadurch daran gehindert würde, ordentliche betriebsbedingte Kündigungen auszusprechen.

Aus diesem Grunde ist davon auszugehen, daß - um die Blockierung der Möglichkeit ordentlich kündigen zu können, zu vermeiden - zwischen den Bestimmungen der §§ 1 Abs. 3 und 15 KSchG ein Konkurrenzverhältnis besteht.

- Bei der Lösung dieses Konkurrenzverhältnisses wird - wegen der besonderen Bedeutung des Betriebsratsamtes - dem § 15 KSchG der Vorrang eingeräumt <sup>1</sup>.

Praktisch geschieht dies in der Weise, daß man die nur noch aus wichtigem Grunde kündbaren Organmitglieder gar nicht in die soziale Auswahl einbezieht.

### 3. Nichteinbeziehung tarifvertraglich geschützter älterer Arbeitnehmer in die soziale Auswahl?

Ebenso wird allgemein davon ausgegangen, daß ältere Arbeitnehmer mit tarifvertraglich erweitertem Kündigungsschutz nicht in die soziale Auswahl einzubeziehen sind <sup>2</sup>.

So etwa, wenn unter ausdrücklicher Erwähnung, daß § 1 Abs. 3 KSchG zwingendes Recht enthält, die Ansicht vertreten wird, hinzunehmen seien Regelungen, die den Kreis der zur Auswahl stehenden Arbeitnehmer "indirekt" einengen, indem sie für bestimmte Personen - oder Arbeitnehmergruppen - die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung ausschließen und diese Gruppe damit aus dem Kreis der zur Auswahl stehenden Personen zunächst ausklammern <sup>3</sup>; - oder wenn unter Hinweis auf

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Gamillscheg, aaO, S. 10 unter b.

<sup>2</sup> vgl. dazu Gift, Vertragliche Kündigungsbeschränkungen, RdA 69 S. 72; Gamillscheg, Anm. zu BAG EzA Nr. 1 zu § 95 BetrVG; vgl. auch ArbG Kassel vom 5.8.1976 - 1 Ca 217/76 DB 76,1675.

<sup>3</sup> vgl. dazu Gift, RdA 69, S. 72 ff (77) unter 4.

das "bisher wenig beachtete Problem des Verhältnisses zwischen sozialer Auswahl und Unkündbarkeit zur Wichtigkeit von Auswahlrichtlinien, die gegen die Pflicht zur sozialen Auswahl verstoßen, ausgeführt wird:" Hätte die Betriebsvereinbarung keine Auswahlrichtlinien enthalten, sondern den anderen, für eine Kündigung in Frage kommenden Flugkapitänen wegen ihrer längeren Dienstzeit Unkündbarkeit verliehen, so wären sie aus dem Kreis, der in die Abwägung einbezogen wird, ausgeschieden und nur der Kläger übriggeblieben" <sup>1</sup>

In die gleiche Richtung geht es, wenn zum Verhältnis zwischen sozialer Auswahl und tarifvertraglich vereinbarter Unkündbarkeit gewerkschaftlicher Vertrauensleute ausgeführt wird, durch den besonderen Kündigungsschutz könnten die Vertrauensleute bei betriebsbedingten Kündigungen im Rahmen der sozialen Auswahl zwar nicht berücksichtigt werden ...; diese Sachlage ergebe sich aber bei allen Gesamt- und Einzelvereinbarungen, die bestimmten Arbeitnehmern einen besonderen Kündigungsschutz zubilligten, ohne daß jemals die Gültigkeit solcher Vereinbarungen mit Hinblick auf § 1 Abs. 3 KSchG ... in Zweifel gezogen worden wäre. Zumindest dann, wenn für den besonderen Kündigungsschutz ein sachlicher Grund bestehe, müsse dieser Kündigungsschutz im Rahmen des § 1 Abs. 3 KSchG hingenommen werden <sup>2</sup>.

Dabei werden allerdings zwei Dinge übersehen:

- Zum einen wird - ohne es näher zu begründen - vorausgesetzt, daß in den Fällen der tariflichen Alterssicherung ebenso wie im Verhältnis zwischen § 1 Abs. 3 und § 15 KSchG eine Blockierung des Betriebes - ordentlich betriebsbedingt kündigen zu können - nicht eintreten dürfe und damit automatisch ein Konkurrenzverhältnis zwischen tariflicher Alterssicherung und § 1 Abs. 3 KSchG angenommen.
- Zum anderen wird dieses vorausgesetzte Konkurrenzverhältnis zwischen tariflicher Alterssicherung und der Pflicht zur sozialen Auswahl ebenso zu Lasten des § 1 Abs. 3 KSchG gelöst wie im Verhältnis zwischen § 15 KSchG und § 1 Abs. 3 KSchG, obwohl sich im einen Fall zwingende gesetzliche Vorschriften und im anderen eine zwingende gesetzliche und eine tarifliche Bestimmung gegenüberstehen und sich bereits aus dem Verhältnis der stärkeren zur schwächeren Rechtsquelle ergibt, daß Tarifnormen, die gegen zwingendes staatliches Recht verstoßen, ungültig sind <sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Gamillscheg, Anm zu BAG EzA Nr. 1 zu § 95 BetrVG.

<sup>2</sup> vgl. dazu ArbG Kassel vom 5.8.1976 - 1 Ca 217/76, DB 76,1675 (1676).

<sup>3</sup> vgl. dazu Nikisch, Band 2, § 69 IV 1, S. 227 mit Hinweis auf Nipperdey, Lehrbuch II, S. 274.

4. Vermeidung des Konkurrenzverhältnisses durch "systemkonforme" Handhabung der Bestimmungen über die tarifvertragliche Alterssicherung?

---

Dementsprechend wird die Meinung <sup>1</sup> vertreten, dieser "Verstoß" gegen die zwingenden Regeln der sozialen Auswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG führe aber nicht zwangsläufig zur Nichtigkeit der entsprechenden tariflichen Klausel. Bei der Auslegung von Tarifverträgen gelte der Grundsatz der Systemkonformität <sup>2</sup>. Die Norm müsse im Zweifel so interpretiert und angewendet werden, daß sie nicht gegen das GG oder gegen zwingendes Gesetzesrecht oder geltende Rechtsprinzipien verstoße <sup>3</sup>. Die Vorschrift des § 1 Abs. 3 KSchG wolle allen Arbeitnehmern bezüglich des Bestandsschutzes ihres Arbeitsverhältnisses einen gewissen, nicht zu ihren Lasten veränderbaren sozialen Standard einräumen <sup>4</sup>. Hieran jedoch wollten auch die Altersversicherungstarifverträge nichts ändern. Ihre wahre Zielrichtung sei ja nicht die, sozial schutzbedürftigeren Arbeitnehmern anstelle von bessergestellten den Arbeitsplatz zu nehmen, den Arbeitgeber zu einer falschen sozialen Auswahl zu zwingen. Vielmehr solle einer nach generell-objektiven Merkmalen gekennzeichneten Gruppe von Arbeitnehmern ein über das allgemeine Kündigungsschutzrecht hinausgehender zusätzlicher Schutz gewährt werden. Diesen Intentionen sowohl der gesetzlichen wie der tariflichen Norm lasse sich dadurch gerecht werden, daß in die soziale Auswahl alle vergleichbaren Arbeitnehmer einbezogen werden müssen, unabhängig davon, ob sie die Voraussetzungen des besonderen tariflichen Kündigungsschutzes erfüllen oder nicht. Stelle sich nunmehr bei der Abwägung der relevanten sozialen Umstände heraus, daß ein tariflich nicht abgesicherter Ar-

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Frohner, Zum Verhältnis von tariflichen Alterssicherungsbestimmungen und gesetzlichen Kündigungsschutznormen, BlfStSozArbR 77,353 unter III.

<sup>2</sup> vgl. Frohner, aaO, mit Hinweis auf Wiedemann-Stumpf, § 1 Rdnr. 403.

<sup>3</sup> vgl. Frohner, aaO, mit Hinweis auf Wiedemann-Stumpf, aaO, § 1 Rdnr. 404.

<sup>4</sup> vgl. dazu Frohner, aaO, mit Hinweis auf Eich, DB 76,1678.

beitnehmer ohnehin "privilegiert" sei, so werde einer Kündigung dieses Arbeitnehmers bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen nichts im Wege stehen, die Frage der Kollision von Tarif- und Gesetzesnorm sich gar nicht stellen. Ergebe sich aber, daß dieser Arbeitnehmer schutzbedürftiger sei, als ein unter Tarifvertrag fallender Arbeitnehmer, so sei die Kündigung des ersten im Hinblick auf § 1 Abs. 3 KSchG nicht zulässig, weil der lediglich für bestimmte Arbeitnehmer einen rechtlichen Vorteil schaffende Tarifvertrag den gesetzlichen Mindestschutz nicht verschlechtern wolle und könne, die des zweiten deshalb nicht, weil sie gegen die Tarifnorm verstoßen würde. Mit anderen Worten: Die Tarifnorm müsse so angewendet werden, daß sie den Kreis der zur Auswahl stehenden Arbeitnehmer nicht verkürze, dann jedoch demjenigen von ihr erfaßten Arbeitnehmer zugute komme, der sich bei der sozialen Auswahl als der eigentlich zur Kündigung anstehende erwiesen habe, ohne daß es erlaubt wäre, nun ersatzweise auf einen anderen Arbeitnehmer zurückzugreifen.

Diese Meinung nimmt also die Blockierung der Möglichkeit, aus betriebsbedingten Gründen kündigen zu können, hin, wobei allerdings eingeräumt wird, daß dies vor allem bei kleineren und mittleren Betrieben wegen der somit in solchen Situationen nicht vorhandenen Kündigungsmöglichkeit iSd § 1 Abs. 4 KSchG zu einer nicht unerheblichen wirtschaftlichen Belastung führe<sup>1</sup>.

Bei dieser Auslegung bleibt allerdings unbeachtet, daß es gerade aber auch nicht die Zielrichtung dieser Tarifverträge ist, einen über die gesicherten älteren Arbeitnehmer hinausgehenden Kreis der Arbeitnehmer vor ordentlichen betriebsbedingten Kündigungen zu schützen.

Diese Konsequenz würde also weder dem Anliegen entsprechen,

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Frohner, aaO, S. 354 unter IV.

daß die Gewerkschaften mit diesen tariflichen Vereinbarungen verfolgt haben, noch wäre sie mit den Vorstellungen in Einklang zu bringen, die die Tarifvertragsparteien beim Abschluß dieser Tarifverträge hatten: Den Gewerkschaften kam es vielmehr darauf an, auch im Bereich der privaten Wirtschaft den Wunsch der Arbeitnehmer nach einem abgesicherten Arbeitsplatz ab einem bestimmten Alter durch den Abschluß von Tarifverträgen zu entsprechen, nachdem es einen solchen tarifvertraglichen Schutz im öffentlichen Dienst seit über 50 Jahren gab <sup>1</sup>.

An eine - sich im Einzelfall daraus ergebende - Beschränkung der Möglichkeit, anderen - also von der tariflichen Alterssicherung nicht erfaßten Arbeitnehmern - ordentlich aus betriebsbedingten Gründen kündigen zu können, haben die Tarifpartner dabei offensichtlich nicht gedacht; denn nur so ist es zu erklären, daß sich Tarifvertragsparteien - soweit ersichtlich mit Ausnahme des Tarifbereichs der Holzindustrie und Kunststoffverarbeitung in Baden-Württemberg - nirgendwo damit beschäftigt haben, ob man eine solche Blockierung hinnehmen wolle oder wie man sie verhindern könnte <sup>2</sup>.

Vielmehr wurden diese Tarifverträge in der - auch heute noch üblichen <sup>3</sup> - Vorstellung abgeschlossen, daß Arbeitnehmer, die einer tariflichen Alterssicherung unterfallen, damit automatisch nicht in die soziale Auswahl einbezogen zu werden brauchen.

#### a) Entwicklung der tarifvertraglichen Alterssicherung

Diese - allgemein verbreitete Vorstellung - ist jedoch fast zwangsläufig Folge der Entwicklung des tarifvertraglich erweiterten Kündigungsschutzes für alle Arbeitnehmer: Wie oben <sup>4</sup> im einzelnen dargestellt - ging der Anstoß für

---

<sup>1</sup> vgl. dazu oben A I 1a.

<sup>2</sup> vgl. dazu § 11 Abs. 2 Nr. 16 c des MTV für Holzindustrie und Kunststoffverarbeitung Baden-Württemberg, der ab 1. Januar 1978 in Kraft getreten ist.

<sup>3</sup> vgl. dazu Gamillscheg, aaO. S. 10 unter b, sowie das ArbG Kassel vom 5.8.1976 - 1 Ca 217/76 und Eich, aaO. S. 1676 bzw. 1678.

<sup>4</sup> vgl. dazu oben A I 1a.

eine erweiterte Arbeitsplatzsicherung von der besonders geschützten Rechtsposition der Beamten aus; - insbesondere unter dem Eindruck der politischen Verhältnisse nach 1918 - etwa den Bestrebungen, ein einheitliches Dienstrecht zu schaffen, die insbesondere von SPD und USPD verfolgt wurden <sup>1</sup>, wurde bei vielen Behörden die Praxis üblich, ein Mittelding zwischen Beamten und Arbeitnehmer durch die Einrichtung sogenannter Dauerangestellten zu schaffen, die - ohne Beamte zu sein - doch eine insoweit beamtenähnlich gesicherte Stellung hatten, als ihnen nur noch aus wichtigem Grunde gekündigt werden konnte <sup>2</sup>.

Aus der beabsichtigten Annäherung dieser Arbeitnehmergruppe an die Beamten ergab sich fast automatisch, daß auch diese - nur noch aus wichtigem Grunde kündbaren Arbeitnehmer - für betriebsbedingte Kündigungen gar nicht mehr in Betracht kamen <sup>3</sup> und deshalb ihre Einbeziehung in die soziale Auswahl überhaupt nicht erst erwogen wurde <sup>4</sup>.

Damit aber beruhte die Vorstellung, daß mit einer Erweiterung des Kündigungsschutzes für ältere Arbeitnehmer keine Einschränkung, den übrigen Arbeitnehmern des Betriebes kündigen zu können, verbunden wäre, die den ab 1973 verstärkt abgeschlossenen Tarifverträgen <sup>5</sup> unausgesprochen zugrundelag, auf einer rund 50 Jahre bestehenden unangezweifelten

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Friauf, in Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschnitt II 1b.

<sup>2</sup> vgl. dazu Molitor, Kündigung, 1. Auflage 1935, S. 159.

<sup>3</sup> vgl. dazu RAG vom 19.12.1928 ARS 5,29 ff, wo davon ausgegangen wird, daß sich "ähnliches" auch bei Arbeitnehmern von Privatunternehmen aus der Zusicherung einer Lebensstellung ergeben kann.

<sup>4</sup> Daß bei der Auswahl zu Entlassender soziale Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind, wurde seit jeher angenommen; - vgl. etwa Nikisch § 51 V 5; - vgl. auch § 13 DemobVO vom 13.2.1921, wonach der Arbeitgeber soziale Gesichtspunkte unberücksichtigt lassen konnte, wenn betriebstechnische, wirtschaftliche oder sonstige berechnete betriebliche Bedürfnisse die Weiterbeschäftigung von bestimmten Arbeitnehmern verlangte.

<sup>5</sup> vgl. oben A I 2 b.

Praxis <sup>1</sup>,

Unterstützt wurde diese Vorstellung noch dadurch, daß auch die übrigen Personengruppen mit erweitertem Kündigungsschutz - wie etwa die Mitglieder der Betriebsverfassungsorgane und die Auszubildenden - im Falle betriebsbedingter Kündigungen nicht in die soziale Auswahl einbezogen zu werden brauchen.

Hinzu kommt schließlich noch die für den Praktiker naheliegende Überlegung, daß sich - auf den ersten Blick - die Einbeziehung der altersgesicherten Arbeitnehmer in die soziale Auswahl schon allein deswegen nicht lohnt, weil diesem Personenkreis ja sowieso nur aus "dringenden" betrieblichen Gründen nicht gekündigt werden kann.

---

<sup>1</sup> Erste Bedenken gegen den Automatismus, daß Arbeitnehmer, denen nur noch aus wichtigem Grunde gekündigt werden kann, im Falle betriebsbedingter Kündigungen nicht mehr in die soziale Auswahl einzubeziehen sind, finden sich - soweit ersichtlich - bei Gift, aaO, der allerdings auch noch davon ausgeht, daß "... ferner Regelungen hinzunehmen sind, die den Kreis der zur Auswahl stehenden Arbeitnehmer indirekt einengen, indem sie für bestimmte Personen- oder Arbeitnehmergruppen die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung ausschließen und diese Gruppe aus dem Kreis der zur Auswahl stehenden Arbeitnehmer zunächst ausklammern...". - Dies jedenfalls dann, wenn für eine solche Ausklammerung bestimmter Personen oder Personengruppen objektive und sachliche Gründe maßgebend sind - vgl. dazu Gift, aaO S. 77 -; erst Gamillscheg hat in der Festschrift für Fechner 1973, 135 ff und insbesondere in seiner Anmerkung zu BAG EzA Nr. 1 zu § 95 BetrVG auf das "bisher wenig beachtete Problem" des Verhältnisses zwischen sozialer Auswahl und Unkündbarkeit hingewiesen und dazu ausgeführt, daß in all diesen Fällen die Sicherung des einen Arbeitnehmers auf Kosten des anderen gehe und das Arbeitsrecht neben der Beziehung Arbeitgeber-Arbeitnehmer und der kollektivrechtlichen Ebene eine dritte Dimension aufweise, das Verhältnis der Arbeitnehmer zueinander; vgl. aber auch Eich, aaO S. 1678, wonach im Falle von betriebsbedingten Kündigungen allen Arbeitnehmern durch § 102 BetrVG und dem durch die Rechtsprechung ausgestalteten § 1 Abs. 3 KSchG gesetzlich ein "sozialer Standard" eingeräumt ist; dieser Standard ist seiner Ansicht nach nicht mehr gewahrt, wenn Betriebe wegen einer vereinbarten "Unkündbarkeit" gewerkschaftlicher Vertrauensleute auf sozial schutzbedürftigere Arbeitnehmer zurückgreifen müssen.

e) Auslegung der tariflichen Alterssicherung

Wenn Tarifbestimmungen aber längere Zeit in einem bestimmten Sinne angewendet wurden und die Beteiligten diese Normen im Sinne der bisherigen Handhabung verstanden haben, dann spricht dies dafür, daß diese Anwendung dem Willen der Parteien entspricht <sup>1</sup>.

Der Wille der Parteien und die Entstehungsgeschichte einer tariflichen Bestimmung ist aber für die Auslegung von Tarifvertragsnormen von größerer Bedeutung als für die Auslegung gesetzlicher Vorschriften <sup>2</sup>, weil die Tarifnorm in viel ausgeprägterer Weise von dem fortgeltenden Willen ihrer Urheber getragen wird als das Gesetz <sup>3</sup>. Daraus folgt, daß die tarifvertraglichen Vorschriften, die einen Arbeitsplatzschutz für ältere Arbeitnehmer enthalten, im Falle einer Überschneidung mit der Pflicht zur sozialen Auswahl nicht "systemkonform" so ausgelegt werden können, daß der Betrieb überhaupt nicht mehr aus betriebsbedingten Gründen ordentlich kündigen kann.

Dazu kommt, daß die Gewerkschaften von den Arbeitgebern billigerweise <sup>4</sup> nicht hätten verlangen können, daß sie eine solche Blockierung der Möglichkeit, ordentlich be-

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Nikisch, Band II § 69 III 3 S. 222.

<sup>2</sup> Insoweit kommt der Vorstellung der Tarifvertragsparteien, daß die Möglichkeit, betriebsbedingt kündigen zu können, trotz des Schutzes älterer Arbeitnehmer im übrigen unbeschränkt fortbestehe, bei der Auslegung der tarifvertraglichen Alterssicherung noch eine größere Bedeutung zu, als im Falle des Kündigungsschutzes für Organe der Betriebsverfassung nach § 15 KSchG - vgl. dazu oben D I 2.

<sup>3</sup> vgl. dazu Nikisch, a.a.O., S. 222 unter 3.

<sup>4</sup> vgl. dazu Nikisch, a.a.O. S. 223, wonach in den Fällen, in denen die Tarifvertragsparteien einen Fall - wenn sie ihn bedacht hätten - offenbar in ihre Regelung einbezogen hätten und sich die Entscheidung auch nicht mit den Mitteln der Analogie gewinnen läßt, ermittelt werden muß, wie sie diesen Fall vermutlich behandelt hätten. Dabei spielt es aber eine Rolle, wie sie sich voraussichtlich zu dem offenen Punkt bei billiger Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen gestellt hätten; - vgl. auch Hueck-Nipperdey, Band II/1 S. 363 unter t mwN, sowie Wiedemann-Stumpf, § 1 RdRn. 403 ff.

triebsbedingt kündigen zu können, akzeptiert hätten <sup>1</sup>.

Damit besteht aber im Falle der tariflichen Alterssicherung ebenso ein Konkurrenzverhältnis zwischen dem besonderen Kündigungsschutz und der Pflicht zur sozialen Auswahl wie beim Schutz der Organmitglieder der Betriebsverfassung gem. § 15 KSchG.

## II 2. Abschnitt

Lösung des Konkurrenzverhältnisses zwischen tariflicher Alterssicherung und der Pflicht zur sozialen Auswahl

Allerdings kann das Konkurrenzverhältnis in diesem Fall nicht dadurch gelöst werden, daß dem Schutz älterer Arbeitnehmer der Vorrang vor der Pflicht zur sozialen Auswahl eingeräumt wird. Denn der Tarifvertrag ist gegenüber dem Gesetz die schwächere Rechtsquelle; deshalb sind Tarifnormen ungültig, die gegen zwingendes staatliches Recht verstoßen <sup>2</sup>. Das ergibt sich aus dem Verhältnis der schwächeren zur stärkeren Rechtsquelle <sup>3</sup>. Deshalb kann es im Verhältnis zwischen § 1 Abs. 3 KSchG und der tariflichen Alterssicherung nur darauf ankommen, inwieweit die einzelne tarifliche Vorschrift mit der Pflicht zu einer ausreichenden Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte zu vereinbaren ist <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Am augenscheinlichsten wird dies wohl an der Bestimmung des § 11 II Nr. 16 c des MTV für die Holzindustrie und Kunststoffverarbeitung in Baden-Württemberg, - gültig ab 1. Januar 1978, - wonach die Kündigung der nach dieser Bestimmung unkündbaren Arbeitnehmer dann möglich ist, wenn einem sozial schwächeren Arbeitnehmer der Arbeitsplatz unter Beachtung von § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG erhalten werden muß.

<sup>2</sup> vgl. dazu BAG vom 15.1.1955 - 1 AZR 305/54 AP Nr. 4 zu Art. 3 GG Bl. 6 V, sowie Nikisch, Band II, § 69 IV 1 S. 227.

<sup>3</sup> vgl. dazu Nikisch, aaO S. 227.

<sup>4</sup> vgl. dazu BAG vom 11.3.1976 - 2 AZR 43/75 AP Nr. 1 zu § 95 BetrVG Bl. 2 R unter 3 mwN, wonach das KSchG und sein Absatz 3 zwingendes Gesetzesrecht enthalten, das zu Lasten des Arbeitnehmers weder ausgeschlossen, noch beschränkt werden kann. Ein Ausschluß oder eine Beschränkung des gesetzlichen Schutzes könne mangels entsprechender Öffnungsklauseln auch nicht durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung vereinbart werden; - dabei geht es aber im Einzelfall nicht darum, ob der gekündigte Arbeitnehmer nach allgemeinen Grundsätzen schwächer als der vergleichbare altersgesicherte ist. Vielmehr stellt sich die grundsätzliche Frage, ob die tarifliche Alters-

Dabei kann es allerdings - im Unterschied zu Auswahlrichtlinien des § 95 BetrVG, die lediglich die im Rahmen des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG wesentlichen Gesichtspunkte näher umschreiben - nicht darauf ankommen, ob und inwieweit es den Tarifvertragsparteien gelungen ist, die zum Teil recht unterschiedlichen Bewertungen sozialer Gesichtspunkte durch die Rechtsprechung<sup>1</sup> in den entsprechenden Bestimmungen der Tarifverträge festzuschreiben.

Denn im Gegensatz zu solchen Auswahlrichtlinien sind die Vorschriften der tariflichen Alterssicherung eigenständige Schutznormen; dementsprechend ist ihr Anwendungsbereich auch nicht auf die soziale Auswahl bei betriebsbedingten Kündigungen beschränkt. Vielmehr liegt ihre wesentliche Bedeutung vor allem auch im Schutz älterer Arbeitnehmer vor Kündigungen aus personenbedingten Gründen - z.B. Nachlassen der Leistungsfähigkeit.

Aus diesem Grunde ist ihnen mit der Pflicht zur sozialen Auswahl gemeinsam, daß sie ein nach allgemeinen Wertvorstellungen schutzwürdiges soziales Anliegen verfolgen.

In diesem Zusammenhang aber spielt der Gesichtspunkt eine Rolle, daß sich der Gesetzgeber im § 1 Abs. 3 KSchG einer Bewertung sozialer Gesichtspunkte enthalten und sich darauf beschränkt hat, in einem unbestimmten Rechtsbegriff das gesetzlich festzuschreiben, was seit jeher gefestigte Übung war<sup>2</sup>.

---

sicherung unter den konkreten Voraussetzungen, die an den Eintritt der Unkündbarkeit gestellt werden, generell mit der Pflicht zur sozialen Auswahl in dem Sinne zu vereinbaren ist, daß die geschützten Arbeitnehmer - ebenso wie die Organe der Betriebsverfassung - von vornherein nicht mehr in die Auswahl der zu Entlassenden einbezogen zu werden brauchen; - vgl. auch Richardi in: Gedächtnisschrift für Rolf Dietz S. 292 f zur tarifvertraglichen Zulassung befristeter Arbeitsverhältnisse. Danach ist in einem solchen Fall unter Berücksichtigung einer Massenerscheinung mit typischer Interessenlage zu prüfen, welche Gesichtspunkte für oder gegen die Kündigungsfrist sprechen. Dabei ist es nicht möglich, aber auch nicht notwendig, auf die Umstände des konkreten Falls abzustellen, um zu entscheiden, ob die Befristung des Arbeitsverhältnisses sachlich gerechtfertigt ist, sondern hier muß genügen, daß die typische Interessenlage eine Befristung der Arbeitsverhältnisse gestattet."

<sup>1</sup> vgl. dazu Weng, DB 79,884 ff (887) mwN

<sup>2</sup> vgl. dazu Nikisch, Band I § 51 V 5, S.

Denn dadurch hat er es im Grunde der Rechtsprechung überlassen <sup>1</sup>, die Handhabung der sozialen Auswahl unter dem Gesichtspunkt allgemeiner Wertprinzipien konkret auszugestalten <sup>2</sup>.

In dem dadurch veranlaßten dialektischen Prozeß, bei dem die Rechtsprechung das Gesetz ständig mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein vermittelt und sich dabei in besonderem Maße an den ethischen und sozialpolitischen Wertungen zu orientieren hat, die in den verschiedenen Bereichen des sozialen Seins als "beispielgebend" und "richtig" empfunden werden <sup>3</sup>, kann aber die Entwicklung des Arbeitsplatzschutzes für bestimmte Arbeitnehmergruppen ebensowenig unberücksichtigt bleiben, wie die Tatsache, daß inzwischen über 52 % der Arbeitnehmer einem Tarifvertrag unterfallen <sup>4</sup>, die einen solchen Schutz beinhalten und daß die dadurch erreichte Rechtsposition für die meisten Arbeitnehmer wichtiger als alles andere ist <sup>5</sup>.

Dies muß insbesondere unter dem Gesichtspunkt gelten, daß gerade die über 55-jährigen weit überproportional von der gegenwärtigen Arbeitslosigkeit betroffen sind <sup>6</sup> und die Dauer der Arbeitslosigkeit mit zunehmendem Alter wächst <sup>7</sup>. Denn daran wird deutlich, in welchem Maße Tarifverträge, die einen erweiterten Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer enthalten, als sozial erstrebenswert und notwendig empfunden werden und damit das Rechtsbewußtsein beeinflussen.

Deshalb haben die Gerichte die Bestimmungen zur tariflichen Alterssicherung daraufhin zu überprüfen, ob die in den einzelnen Vorschriften aufgestellten Voraussetzungen für den Eintritt der Unkündbarkeit vor dem Hintergrund der sozialpolitischen Bedeutung dieses Schutzes mit der

---

<sup>1</sup> vgl. dazu Esser, Grundsatz und Norm, S. 150 f.

<sup>2</sup> vgl. dazu BAG vom 11.3.1976 - 2 AZR 43/75 aaO, B1. 2 R unter 4.

<sup>3</sup> vgl. dazu Larenz, Methodenlehre, S. 227.

<sup>4</sup> vgl. dazu Larenz, Methodenlehre, S. 226 f.

<sup>5</sup> vgl. dazu oben A I 2b.

<sup>6</sup> vgl. dazu Gamillscheg, aaO, S. 11 unter c am Ende.

<sup>7</sup> vgl. dazu statistisches Jahrbuch 1979, S. 105.

Pflicht zur ausreichenden Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte zu vereinbaren sind <sup>1</sup>.

Aus diesem Grunde kann man davon ausgehen, daß die üblichen tariflichen Bestimmungen, die ein Lebensalter von meist 55 Jahren und mindestens 5 Jahre Betriebszugehörigkeit voraussetzen, mit § 1 Abs. 3 KSchG zu vereinbaren sind.

Schwieriger wird es schon, wenn - wie etwa im Manteltarifvertrag der Metallindustrie Nord-Württemberg-Nordbaden - nur eine Betriebszugehörigkeit von 3 Jahren vorausgesetzt wird <sup>2</sup>, weil dadurch im Grunde weitgehend auf eine zweite Komponente als Voraussetzung für den erweiterten Kündigungsschutz verzichtet wird. Um sich die Problematik dieser Tarifverträge vor Augen zu führen, braucht man nur einen 51-jährigen, der seit 30 Jahren im Betrieb ist, einem 54-jährigen gegenüberzustellen, der dem Betrieb erst seit wenig mehr als 3 Jahren angehört. Eine weitere Ausgestaltung dieses Beispiels etwa durch die unterschiedliche Zahl der unterhaltsberechtigten Personen ist dazu gar nicht erforderlich.

Dennoch kann man annehmen, daß auch dieser Tarifvertrag wegen seiner großen <sup>3</sup> sozialen Bedeutung mit der Pflicht zur sozialen Auswahl in § 1 Abs. 3 KSchG vereinbar ist.

Problematisch sind allerdings Tarifverträge, die nur auf eine bestimmte Dauer der Betriebszugehörigkeit abstellen

---

<sup>1</sup> Ähnlich Richardi, aaO S. 293, der zur Vereinbarkeit der tariflichen Zulassung befristeter Arbeitsverhältnisse mit dem in der Rechtsprechung entwickelten Grundsatz, daß die Befristung von Arbeitsverhältnissen im Einzelfall einer sachlichen Rechtfertigung bedarf, ausführt: "... Deshalb kommt es für das Arbeitsgericht nur darauf an, ob die tarifliche Norm als Konkretisierung der durch Richterrecht entwickelten Grundsätze über die Befristung von Arbeitsverhältnissen aufgestellt werden kann."

<sup>2</sup> vgl. dazu etwa Bobrowski/Gaul, "Arbeitsrecht im Betrieb" Band I F V RdNr. 49 f, der gegen eine relativ kurze Bemessung der Betriebszugehörigkeit rechtspolitische Bedenken hat; sowie Frohner, aaO S. 354 unter IV.

<sup>3</sup> vgl. dazu Gamillscheg, aaO S. 11 unter c wo es heißt: "... Daß sich die Gerichte künftig über tarifliche Unkündbarkeit hinwegsetzen sollten, kann niemand leichthin empfehlen, da damit das Vertrauen auf eine Rechtsstellung zerstört würde, die für die meisten wichtiger als alles andere ist."

und daran nicht gleichzeitig ein höheres Lebensalter binden; so etwa, wenn in BMT-G II gem. § 52 bereits nach einer Beschäftigungszeit von mehr als 15 Jahren das Arbeitsverhältnis nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden kann<sup>1</sup>, wobei gem. § 6 Abs. 1, 2. Halbsatz die Beschäftigungszeit frühestens von der Vollendung des 18. Lebensjahres an gerechnet wird.

Denn eine Betriebszugehörigkeit von 15 Jahren ist für sich allein nicht als Maßstab für eine soziale Sicherung eines bestimmten Arbeitnehmerkreises geeignet, weil dabei keines der "eigentlichen" Sozialkriterien<sup>2</sup>, Lebensalter und Zahl der unterhaltsberechtigten Personen, berücksichtigt ist. Vielmehr läuft die alleinige Ausrichtung an dieser Voraussetzung auf eine Belohnung der Betriebstreue und eine Stärkung der Betriebsverbundenheit hinaus<sup>3</sup>. Insoweit liegt - jedenfalls in diesem Punkt - die gleiche Situation vor, wie bei Auswahlrichtlinien, die nur auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit abstellen, und die im Grunde deshalb unwirksam sind<sup>4</sup>, weil sie mit Rechtstellungen in Konflikt geraten, an denen ein öffentliches Interesse besteht, wie man dies im deutschen Recht für das Gebot der sozialen Auswahl in Anspruch nehmen kann<sup>5</sup>.

Aus diesem Grunde bestehen Bedenken gegen tarifliche Bestimmungen, die im Extremfall zur Folge haben, daß ein

---

<sup>1</sup> vgl. dazu oben A I 1d (4).

<sup>2</sup> vgl. dazu BAG vom 11.3.1976 - 2 AZR 43/75 aaO, 2 R ganz unten mit Hinweis auf BAG E 16,149 (153), wonach die Dauer der Betriebszugehörigkeit in aller Regel ohnehin den sozialen Status des Arbeitnehmers nicht entscheidend beeinflusst.

<sup>3</sup> So ist wohl auch Günther - unter dessen Vorsitz in der Schlichtung die tarifliche Alterssicherung in der Metallindustrie Nord-Württemberg-Nordbaden zustande kam - in RdA 74,160 zu verstehen, wenn es dort heißt: "... Meines Erachtens war zwischen betrieblichen Regelungen bei denen es gerechtfertigt ist, wenn sie erhöhten Kündigungsschutz von einer vieljährigen Betriebszugehörigkeit abhängig machen, und überbetrieblichen Regelungen zu unterscheiden, die allgemein ältere Arbeitnehmer in erhöhtem Maße vor der Kündigung des Arbeitgebers schützen wollen...".

<sup>4</sup> vgl. dazu BAG vom 11.3.1976 - 2 AZR 43/75, aaO im Leits.  
<sup>5</sup> vgl. dazu Gamillscheg, aaO S. 12.

33-jähriger allein aufgrund seiner 15-jährigen Betriebszugehörigkeit aus dem Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer ausscheidet; - als weiterer Gesichtspunkt kommt in einem solchen Fall hinzu, daß Tarifverträge, die eine Belohnung der Betriebstreue für sich beanspruchen können, wie solche, die allein einem weitverbreiteten sozialen Anliegen Rechnung tragen.

Ähnlich ist die Situation in den Fällen einzelvertraglich vereinbarter langer Bindung: Da ihnen nicht die sozialpolitische Bedeutung zukommt, wie der tariflichen Alterssicherung, können sie im Rahmen der sozialen Auswahl nur dann gelten, wenn sie weitgehend mit den allgemeinen Grundsätzen für die Bewertung sozialer Gesichtspunkte übereinstimmen.

### III. Zusammenfassende Feststellungen

Das Problem, das sich im Falle betriebsbedingter Kündigungen aus der Überschneidung von tariflicher Alterssicherung und der Pflicht zur sozialen Auswahl ergibt, wenn sich ein Arbeitnehmer auf seinen erweiterten Kündigungsschutz und der andere darauf berufen kann, sozial schwächer als der gesicherte zu sein, kann nicht dadurch gelöst werden, daß in diesen Fällen überhaupt nicht mehr gekündigt werden kann. Vielmehr kann es nur darum gehen, ob und inwieweit der tariflich erweiterte Kündigungsschutz mit der Pflicht zur sozialen Auswahl zu vereinbaren ist. Dabei kann es allerdings nicht wie etwa bei den Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG darauf ankommen, in welchem Umfang es den Tarifvertragsparteien gelungen ist, die in der Rechtsprechung zur sozialen Auswahl entwickelten Grundsätze zu konkretisieren.

Vielmehr ist die Vereinbarkeit von tariflich erweitertem Kündigungsschutz mit der Pflicht zur sozialen Auswahl aus dem Blickwinkel heraus zu beurteilen, daß die tariflichen Bestimmungen eine eigene Rechtsposition schaffen, deren Wirkungsbereich nicht auf die Fälle der betriebsbedingten Kündigung beschränkt ist. In diesem Rahmen spielt dann auch der Gesichtspunkt eine Rolle, daß inzwischen mehr als 52 % der Arbeitnehmer einem Tarifvertrag mit einem erweitertem Kündigungsschutz unterfallen und daß sich die Rechtsprechung

der von dieser weiten Verbreitung ausgehenden - Auswirkungen auf das allgemeine Rechtsbewußtsein unserer Zeit ebensowenig verschließen kann, wie der großen Bedeutung, die eine solche Sicherung für die meisten Arbeitnehmer hat.

Vor diesem Hintergrund kann man davon ausgehen, daß die - im ersten Kapitel aufgeführten - tariflichen Bestimmungen der privaten Wirtschaft wegen ihrer prinzipiellen Ausrichtung am Lebensalter und der sich daraus ergebenden sozialen Tendenz mit § 1 Abs. 3 KSchG zu vereinbaren sind. Dagegen sind die entsprechenden Bestimmungen in den Tarifverträgen des öffentlichen Diensts, die allein auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit abstellen, wohl kaum mit der Pflicht zur sozialen Auswahl zu vereinbaren.

## E 5. Kapitel

### Zusammenfassende Schlußbemerkungen und Ergebnisse

1. Arbeitsverhältnisse mit langer Bindung gibt es vor allem im Rahmen des erweiterten Kündigungsschutzes in den Tarifverträgen des öffentlichen Diensts und der privaten Wirtschaft.

Im öffentlichen Dienst besteht ein tariflicher Kündigungsschutz bereits seit den 20er Jahren unseres Jahrhunderts. Er orientiert sich in erster Linie an der Dauer der Betriebszugehörigkeit. Üblicherweise werden 15 Dienstjahre vorausgesetzt.

In der privaten Wirtschaft werden erst seit 1973 entsprechende Bestimmungen in Tarifverträgen aufgenommen; allerdings richten sich diese Vorschriften in der Regel vorwiegend am Lebensalter aus. Vorausgesetzt werden meist 55 Lebensjahre und eine Betriebszugehörigkeit von 5 oder 10 Jahren. Dadurch enthalten sie als "Alterssicherung" eine besondere soziale Komponente.

Tarifverträge, wonach Arbeitnehmer ab einem bestimmten Alter und einer bestimmten Dauer der Betriebszugehörigkeit nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden können, sind inzwischen - Stand März 1979 - für rund 52 % der Arbeitnehmer vereinbart.

Demgegenüber tritt die einzelvertraglich vereinbarte lange Bindung, die normalerweise nur bei qualifizierten Arbeitsverhältnissen vorkommt, zahlenmäßig stark in den Hintergrund.

2. Im Falle der außerordentlichen Kündigung langfristiger Arbeitsverhältnisse ist im Rahmen der Interessenabwägung hinsichtlich der Auswirkungen der langen Bindung auf Arbeitnehmer und Betrieb zu differenzieren:

Da es auf Seiten des gesicherten Arbeitnehmers neben dem

Verlust des Arbeitsplatzes immer gleichzeitig auch um den Verlust einer besonders geschützten Rechtsposition geht, ist an außerordentliche Kündigungen dieses Personenkreises von vornherein ein besonders strenger Maßstab anzulegen.

Demgegenüber sind die Auswirkungen einer langen Bindung auf den Betrieb unterschiedlich: In den Fällen schuldhafter Pflichtverletzungen spielt es normalerweise keine Rolle, ob der Betrieb das Arbeitsverhältnis mit kurzer Frist kündigen kann oder ob er auf Jahre hinaus gebunden ist.

Deshalb ist im Rahmen der Interessenabwägung als Besonderheit nur der Umstand zu beachten, daß der Arbeitnehmer in besonderem Maße gegen den Verlust seines Arbeitsplatzes geschützt sein soll. Aus diesem Grunde ist in diesen Fällen eine außerordentliche Kündigung nur unter erschwerten Voraussetzungen möglich.

Demgegenüber steigert sich in den Fällen der außerordentlichen Kündigung aus objektiven, in der Person des Arbeitnehmers oder im Betrieb liegenden Gründen die Belastung des Betriebes und damit der Grad der Unzumutbarkeit entsprechend der Dauer der Bindung an das Arbeitsverhältnis.

Dies kann dazu führen, daß trotz der besonders geschützten Rechtsposition eine außerordentliche Kündigung möglich wird, obwohl in diesen Fällen normalerweise nur ordentlich gekündigt werden kann.

3. Im Zusammenhang damit steht, daß die Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB auf die Fälle der fristlosen Kündigung wegen schuldhafter Pflichtverletzung zu beschränken ist, weil sie sonst dazu führen würde, daß aus objektiven in der Person des Arbeitnehmers bzw. im Betrieb liegenden Gründen außerordentlich praktisch gar nicht mehr gekündigt werden könnte.

4. Prüfungsmaßstab für die außerordentliche Änderungskündigung ist, ob für die Änderung der Arbeitsbedingungen unter Berücksichtigung ihrer Zumutbarkeit für den Arbeitnehmer ein wichtiger Grund besteht.

5. In den Fällen der außerordentlichen Kündigung langfristiger Arbeitsverhältnisse, in denen sich der wichtige Grund erst aus der - über die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist hinausgehenden - Bindung ergibt, besteht trotz der außerordentlichen Kündigung ein Anspruch auf die ansonsten bestehende ordentliche Kündigungsfrist.

6. Bei der Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen der Pflicht zur sozialen Auswahl und erweitertem Kündigungsschutz kann es nur darum gehen, die entsprechenden Bestimmungen auf ihre Vereinbarkeit mit § 1 Abs. 3 KSchG hin zu überprüfen. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, daß der tariflich erweiterte Kündigungsschutz eine eigenständige Rechtsposition schafft, die nicht auf die Fälle der betriebsbedingten Kündigung beschränkt ist, daß inzwischen mehr als 52 % der Arbeitnehmer einem entsprechenden Tarifvertrag unterfallen und diese Form der Sicherung für die meisten Arbeitnehmer große Bedeutung hat.

Vor diesem Hintergrund kann man davon ausgehen, daß die - im ersten Kapitel aufgeführten - tarifvertraglichen Bestimmungen wegen ihrer prinzipiellen Ausrichtung am Lebensalter und der sich daraus ergebenden sozialen Tendenz mit § 1 Abs. 3 KSchG zu vereinbaren sind.

Dagegen sind die entsprechenden Bestimmungen in den Tarifverträgen des öffentlichen Diensts, die allein auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit abstellen, wohl kaum mit der Pflicht zur sozialen Auswahl zu vereinbaren. Einzelvertragliche Vereinbarungen können im Rahmen der sozialen Auswahl nur unter dem Gesichtspunkt berücksichtigt werden, daß der Arbeitnehmer eine gesicherte Rechtsposition verliert.

## Anhang

### Arbeitsverhältnisse mit langer Bindung aufgrund gesetzlicher Vorschriften

Neben der vereinbarten langen Bindung stehen die Fälle, in denen die ordentliche Kündigung aufgrund gesetzlicher Vorschriften ausgeschlossen ist; - also durch die Bestimmungen der §§ 15 KSchG und 15 BerBildG.

Da in diesen Fällen die tatsächlichen Auswirkungen der Bindung auf den Betrieb aber nicht anders sind, als in Falle einer vereinbarten langen Bindung, gelten auch für die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf Betriebsseite die gleichen Grundsätze. Das bedeutet etwa, daß für die Prüfung der Zumutbarkeit auf die tatsächliche Dauer der Bindung und nicht fiktiv auf eine ansonsten bestehende ordentliche Kündigungsfrist abzustellen ist <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> so etwa schon Nipperdey, Grundsätzliches zum Kündigungsrecht gegenüber Betriebsratsmitgliedern nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 22, BB 50, 398 (399), wo u.a. ausgeführt wird, daß - je länger die Bindung an ein Dauerschuldverhältnis sei, die Bindung um so unerträglicher werden könne, wenn Umstände eintreten, die das Verhältnis belasten; - a.A. insbesondere das BAG - vgl. etwa BAG vom 8. 8.1968 - 2 AZR 348/67 AP Nr. 57 zu § 626 BGB im Leitsatz unter 5., wonach bei der außerordentlichen Kündigung von Betriebsratsmitgliedern immer von der Frist auszugehen ist, mit der eine ordentliche Kündigung ausgesprochen werden könnte, wenn es sich nicht um ein Betriebsratsmitglied handelte. Das BAG ist dabei aber inkonsequent, weil es auf der anderen Seite die Meinung vertritt, es sei nicht erforderlich, daß der Arbeitgeber auch fristlos künde; wolle er befristet kündigen, müsse er jedoch ausdrücklich zum Ausdruck bringen, daß eine außerordentliche Kündigung gewollt sei - vgl. dazu etwa BAG AP Nr. 2 zu § 13 KSchG -; denn in diesem Falle würde der Betrieb gerade durch sein eigenes Verhalten deutlich machen, daß ihm die Fortführung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar ist. Wenn aber dem Betrieb die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer dieser Frist zumutbar ist, liegt nach der vom BAG zugrundegelegten Fiktion - daß bei der Interessenabwägung nach § 15 KSchG von der Dauer der ansonsten bestehenden Kündigungsfrist auszugehen ist - gerade kein wichtiger Grund vor; - vgl. dazu auch oben B II 3; damit würde aber ein Betrieb, der trotz außerordentlicher Kündigung einem Betriebsratsmitglied die ansonsten bestehende ordentliche Kündigungsfrist einräumt, sich selbst widerlegen.

Das bedeutet aber andererseits, daß auch auf Seiten des Arbeitnehmers im Rahmen der Interessenabwägung die Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind, die dem erhöhten Schutz dieser Personenkreise zugrundeliegen: So ist etwa bei Betriebsratsmitgliedern zu berücksichtigen, daß die Unabhängigkeit und Kontinuität der Amtsführung geschützt und sichergestellt werden soll, daß sie sich ohne Furcht vor Entlassungen um ein Amt bewerben und unabhängig ihre Aufgaben wahrnehmen können <sup>1</sup>.

Bei Auszubildenden ist dementsprechend die besondere Rechtsnatur des Berufsausbildungsverhältnisses und die zurückgelegte Ausbildungszeit zu berücksichtigen. Aus der Zwecksetzung der Erziehung und der Ausbildung des Auszubildenden folgt, daß im allgemeinen solche Gründe nicht zur außerordentlichen Kündigung berechtigen, die von einem verständigen Auszubildenden hingenommen werden <sup>2</sup>.

Deshalb haben im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung die Interessen des Auszubildenden an der Erreichung des Berufsziels vielfach auch bei groben Verstößen Vorrang vor den Interessen des Betriebes an der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses <sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. dazu etwa Nipperdey, aaO, S. 399; Hueck, Entlassung von Betriebsratsmitgliedern, BB 52,467; Löwisch, Die Verknüpfung von Kündigungsschutz und Betriebsverfassung nach dem BetrVG 1972, DB 75,349; Richardi, Die Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, ZFA 72, Sonderheft 1; Weber, Die Kündigung eines Betriebsratsmitglieds aus wichtigem Grund, NJW 73,787; Weisemann, Neue Aspekte bei der außerordentlichen Kündigung von Betriebsratsmitgliedern, DB 74,2476; - damit ergibt sich der erhöhte Schutz der Organe der Betriebsverfassung daraus, daß man den Schutzzweck des § 15 KSchG in die Interessenabwägung einbezieht - und nicht daraus, daß man von einer fiktiven Kündigungsfrist ausgeht. - Entsprechend müßten auch bei der Interessenabwägung des § 78 a Abs. 4 BetrVG - unabhängig davon, ob es sich dabei um eine eigene Interessenabwägung oder um eine mit § 626 Abs. 1 BGB gleichzusetzende Zumutbarkeitsprüfung handelt (vgl. dazu Löwisch Die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung Auszubildender nach § 78 a Abs. 3 BetrVG, DB 75,1893 - sowie Weng, DB 76, 1013 einerseits und Barwasser, Der Befreiungsantrag des Arbeitgebers nach § 78 a Abs. 4 BetrVG, DB 76, 2114 - sowie neuerdings das BAG vom 16.1.1979 - 6 AZR 153/77 andererseits) die tatsächlichen Interessen einfließen, zu denen auch der Schutzzweck dieser Norm gehört.

<sup>2</sup> allg. Meinung; - vgl. dazu etwa Schaub, § 174 VII 6 mwN.

<sup>3</sup> vgl. dazu Schaub, aaO.

## Lebenslauf

Am 23.2.1947 kam ich als erster von 2 Söhnen des selbständigen Handwerkerhepaares Josef und Marianne Weng in Schwäbisch Gmünd zur Welt.

Nach vier Jahren Volksschule wechselte ich 1957 ins Gymnasium.

Das Abitur machte ich 1966 in Schwäbisch Gmünd und studierte im Anschluß daran Rechtswissenschaft in Tübingen und München.

In Tübingen legte ich 1970 das Erste Staatsexamen und nach Referendarstationen in Tübingen, Kiel und Stuttgart dort Ende 1973 das Zweite Staatsexamen ab.

Von Anfang 1974 bis Mitte 1979 war ich beim Verband der Metallindustrie in Aalen als Referent für Arbeits- und Sozialrecht tätig. Daneben hatte ich ab dem Wintersemester 1974/75 bis zum Sommersemester 1979 an der Fachhochschule in Aalen einen Lehrauftrag im Fach Arbeitsrecht.

Seit 1.7.1979 bin ich als Jurist in der Zentralen Personalabteilung der BASF AG in Ludwigshafen tätig.

Ich bin seit Anfang 1977 verheiratet und inzwischen Vater eines Sohnes.



